

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL – MINTER
JESSÉ ALVES DE ALMEIDA**

**AS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO BRASILEIRO:
uma análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito
Fundamental n. 186, sob as luzes do ordenamento jurídico e do magistério
doutrinário.**

ANAPOLIS/BRASILIA
2012

JESSE ALVES DE ALMEIDA

**AS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO BRASILEIRO:
uma análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito
Fundamental n. 186, sob as luzes do ordenamento jurídico e do magistério
doutrinário.**

Dissertação apresentada no Mestrado
Interinstitucional UniCEUB/UniEVANGÉLICA,
como requisito obrigatório.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins
Alves Júnior

ANÁPOLIS/BRASILIA

2012

FOLHA DE APROVAÇÃO

JESSÉ ALVES DE ALMEIDA

AS COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO BRASILEIRO.

PROFESSOR DOUTOR LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.
Orientador

PROFESSOR DOUTOR DAURY CÉSAR FABRIZ
Examinador

PROFESSOR DOUTOR ITAMI CAMPOS
Examinador

ANAPOLIS/BRASÍLIA, 26de outubro de 2012.

*Dedico este trabalho à minha incansável mulher,
Márcia, expressão maior do amor de Deus em minha vida, que sofreu, quando
eu sofri; não dormiu, quando não dormi; chorou, quando chorei; que me deu forças quando
eu não mais as tinha; sorriu, quando sorri.*

Aos meus filhos e companheiros

Carlos, Rafael e Josias.

Aos netos Davi e Pedro e às noras Wegna, Hellene Greice.

*Dedico, ainda, aos meus treze irmãos: Ordália, Josias, Leonor,
Claudina, Amália, Maria, Silvestre, Itamar, Francisca, Zacarias, Ruti, Elizeu
e José e às cunhadas e cunhados.*

Agradeço primeiramente a Deus pela vida, saúde e a força indispensáveis para a caminhada até aqui.

Agradeço à UniEVANGÉLICA e ao UniCEUB pelo esforço em viabilizarem essa oportunidade tão significativa em minha vida.

Agradeço especialmente ao Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior, meu orientador, pelo empenho, dedicação e compreensão.

À minha sobrinha Prof^a Celene Pereira Lima, pela correção ortográfica.

Agradeço aos meus colegas de mestrado pelo apoio, amizade e companheirismo.

Às estimadas Lízia e Marlusse minhas colegas de trabalho, pelo apoio indispensável em todas as horas.

*Negras mulheres, suspendendo às tetas
 Magras crianças, cujas bocas pretas
 Rega o sangue das mães:
 Outras moças, mas nuas e espantadas,
 No turbilhão de espectros arrastadas,
 Em ânsia e mágoa vãs!*

*E ri-se a orquestra irônica, estridente...
 E da ronda fantástica a serpente
 Faz doudas espirais ...
 Se o velho arqueja, se no chão resvala,
 Ouvem-se gritos... o chicote estala.
 E voam mais e mais...*

*Senhor Deus dos desgraçados!
 Dizei-me vós, Senhor Deus!
 Se é loucura... Se é verdade
 Tanto horror perante os céus?!
 Ó mar, por que não apagas
 Co'a esponja de tuas vagas
 De teu manto este borrão?...
 Astros! Noites! Tempestades!
 Rolai das imensidades!
 Varrei os mares, tufão!
 Quem são estes desgraçados
 Que não encontram em vós
 Mais que o rir calmo da turba
 Que excita a fúria do algoz?
 Quem são? Se a estrela se cala,
 Se a vaga à pressa resvala
 Como um cúmplice fugaz,
 Perante a noite confusa...
 Dize-o tu, severa Musa,
 Musa libérrima, audaz!...*

Navio Negreiro.

Castro Alves

RESUMO

O presente trabalho analisa o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.186-DF, proposta pelo Partido Democratas, visando à declaração de inconstitucionalidade da reserva de vagas para pessoas de cor preta e parda (afrodescendentes) na Universidade de Brasília - UnB. O estudo visita os temas da hermenêutica jurídica com ênfase no direito constitucional, numa leitura do magistério doutrinário, além de pertinentes textos normativos (Constituição Federal, Leis Federais, Decretos e Tratados Internacionais) e manifestações das partes (Partido Democratas - DEM, Advocacia Geral da União –AGU; Procuradoria Geral da República- PGR e demais “Amici Curie”, em cotejo com os votos e manifestações dos Ministros do STF, avançando nas argumentações de modo a verificar a coerência narrativa e a consistência normativa dos entendimentos por eles esposados, à luz do magistério doutrinário brasileiro. O problema jurídico consiste em verificar a pertinência dos argumentos sustentados pelos interessados com os textos normativos, bem como o eventual acerto ou desacerto da decisão do STF.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais/Dignidade da Pessoa Humana. Cotas Raciais. Ensino Superior Público. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta/STF n. 186.

ABSTRACT

This paper analyses the judgement by the Brazilian Supreme Court of the complaint of breach of fundamental precept –(n. 186- DF), proposed by Democrats Party, seeking the declaration of unconstitutionality of reservation of places for Black and Brown people (african descendant) at the University of Brasilia – UNB. The study visits themes of legal hermeneutics with emphasis on constitutional Law, a reading of doctrinal teaching and relevant normative texts (Federal Constitution, Federal Laws, Decrees and International Treaties) and manifestations of the parties (Democratic Party – DEM; Union's General Attorney; Republic's General Attorney; and other 'Amice Curie', in comparison with the votes and ministers' manifestations of the Brazilian Supreme Court, advancing in arguments in order to verify the coherence narrative and normative consistency of the understandings espoused by them, in the light of the Brazilian doctrinal magisterium. The legal problem is to verify the relevance of the arguments put forward by those concerned with the normative texts, as well as the final decision of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Constitutional Law. Fundamental Rights – Human Dignity. Racial Quotas. Public Higher Education. Complaint of breach of fundamental precept –STF N. 186

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO, p. 11
2. HERMENEUTICA JURIDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS, p.177
 - 2.1. Chaïm Perelman, p. 17
 - 2.2. Alf Ross, p. 23
 - 2.3. Eros Grau, p. 36
 - 2.4. Hans Kelsen, p. 50
 - 2.5 Visão pessoal e parcial, p.51
3. A COTA RACIAL NO MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO BRASILEIRO, p. 53
 - 3.1. Visões contrárias, p. 53
 - 3.1.1 Demétrio Magnoli, p. 53
 - 3.1.2 Ali Kamel, p. 65
 - 3.1.3 Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, p. 71
 - 3.2 Visões favoráveis, p. 77
 - 3.2.1 Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes, p. 77
 - 3.2.2 Ruy Magalhães Piscitelli, p. 86
 - 3.2.3 José Jorge de Carvalho, p. 90
 - 3.3 Visão pessoal e parcial, p. 95
4. O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADPF n. 186, p. 98
 - 4.1 O caso submetido e julgado tribunal, p.98
 - 4.2 A Petição inicial do requerente – Partido Democratas, p. 99
 - 4.3 Manifestações da AGU, PGR, CESPE/UnB, p. 101 a 110
 - 4.4 As Manifestações dos *amici curiae* nas Audiências Pública, p. 110
 - 4.5 As manifestações dos Ministros do STF, p. 121
 - 4.5.1 Voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski, p. 121
 - 4.5.2 Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 124
 - 4.5.3 Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 127
 - 4.5.4 voto do Ministro Luis Fux, p. 128
 - 4.5.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes, p.131
 - 4.5.6 Voto da Ministra Rosa Weber, p. 132

- 4.5.7 Voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 134
- 4.5.8 Voto do Ministro Celso Mello, p. 138
- 4.5.9 Voto do Ministro Ayres Britto, p. 139
- 4.5.9 Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 139
- 4.5.10 Conclusões pessoais e parciais, p. 143
- 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS, p. 145
- 6. REFERÊNCIAS, p. 149

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação analisa o processo e julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 186-DF, proposta pelo Partido Democratas, visando à declaração de inconstitucionalidade de vários atos editados pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, instituindo o sistema de cotas naquela instituição, consistente na reserva de 20% de suas vagas para negros e pardos. A análise é feita sob as lentes de quatro autores: Chaïm Perelman, Alf Ross, Eros Grau e Hans Kelsen.

No primeiro capítulo, discorre-se sobre a construção da decisão judicial à luz dos autores Chaïm Perelman, Alf Ross, Eros Grau e Hans Kelsen, em suas obras, respectivamente, *Lógica Jurídica*, *Direito e Justiça* e *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito e Teoria Pura do Direito*.

Os autores sustentam a necessidade de atentar-se para o direito como instrumento para resolver e pacificar os litígios nas relações sociais. Nesse aspecto, ao juiz compete não apenas interpretar o direito dentro de uma concepção formal, lógica, aplicando a norma na sua generalidade e frieza conforme se apresenta no texto, mas, perquirir racionalmente a sua pertinência para atender a um reclame da sociedade.

Portanto, o direito, conquanto veiculado em parâmetros formalmente estabelecidos, não sobressai automaticamente do texto normativo. Demanda uma operação de adequação da norma aos fatos, retirando, daí, uma resposta coerente e útil para a vida das pessoas.

Justifica-se o estudo inicial ante a abordagem pretendida na ADPF 186. Diante da coincidência de parte da fundamentação dos argumentos contrários e dos favoráveis ao sistema de cotas no princípio da igualdade, busca-se nos autores estudados no primeiro capítulo, o referencial teórico que sustente a possibilidade de mais de uma interpretação e, consequentemente, aplicação para o mesmo dispositivo constitucional.

Nesse desiderato o presente trabalho buscou nos autores e obras visitados no primeiro capítulo, o desenho da construção da decisão judicial e o papel da interpretação nessa tarefa. Perceber-se-á que para todos os autores em referência a norma, exatamente como posta no texto, não é capaz de alcançar, de forma objetiva, a imensa variedade de situações fáticas que reclamam sua aplicação. Disto decorre a necessidade de um exercício de adequação, além da pura incidência da norma tal como expressa formalmente, com vistas à prestação jurisdicional plena.

A despeito do balizamento que condiciona a liberdade de interpretação, nas discussões e argumentos analisados quando da apreciação e votação da ADPF 186, percebe-se uma vasta incidência de pontos-de-vista muito mais próximos de uma convicção pessoal, fundada em valores e princípios livremente eleitos pelos atores do processo.

Será possível perceber, ainda, que as manifestações, especialmente as colhidas dos votos dos Ministros, buscam uma consonância maior com o que se poderia chamar de política judiciária. Ou seja, o esforço da argumentação prende-se muito mais à demonstração da necessidade política identificada com o momento histórico mundialmente vivido pelas nações livres, e à brasileira em particular.

Além dessa discussão teórica, o trabalho apresenta, no segundo capítulo, as visões de autores brasileiros sobre as ações afirmativas, priorizando a análise de adequação das mesmas aos comandos constitucionais de igualdade e de garantia da dignidade da pessoa humana.

Procurou-se pinçar, dentre a vasta literatura especializada, aquelas de maior relevância para a abordagem idealizada no presente trabalho. Alguns autores abordaram o tema num viés sociológico, com menor preocupação com o aspecto jurídico. Além disso, as abordagens de alguns autores são mais abrangentes que as de outros e, mesmo naqueles tratados nesse trabalho, percebe-se o quanto alguns exploraram mais o tema, razão porque os espaços reservados às análises guardam certa proporcionalidade com o alcance da obra.

Há uma preocupação comum em justificar as posições com dados históricos. Os favoráveis às cotas lançam mão da escancarada realidade da ausência de negros nas universidades, tanto na docência como no corpo discente. José Jorge de Carvalho, por exemplo, cita o caso da UnB quando da implantação das cotas raciais, onde dos 1.500 professores apenas 15 eram negros. Isto num lapso temporal de 45 anos. Da totalidade dos professores nas sete mais importantes universidades do Brasil à época, cerca de 18.400 docentes, apenas 70 eram negros. (CARVALHO, 2006 p. 92)

Indiscutivelmente, a ausência de negros na docência é indicativa da ausência de negros nos cursos de graduação. De acordo com Ruy Piscitelli (2009, p. 72), enquanto o percentual de negros da população brasileira é de 47%, a massa universitária negra é de apenas 2% da população. Além da insignificância da presença negra na universidade, em termos estatísticos, o tempo de permanência do negro na universidade é dois anos menor do que o do branco.

A mesma discrepância é vista na ocupação de cargos no executivo, no judiciário e no legislativo. Na Câmara dos Deputados, em 2005, ano da pesquisa, dos 513 deputados apenas 20 eram negros.

Do ponto de vista contrário às cotas, uma gama enorme de dados históricos e estatísticos são utilizados como fundamento. Um dos primeiros argumentos sustenta a utilização tendenciosa de dados, principalmente em relação à divisão da população brasileira em brancos e negros. Esse critério faz desaparecer o resultado da miscigenação. A bem da verdade, os dados estatísticos não refletem a realidade dos censos nos quais a própria população identifica-se como parda, amarela, morena e assim por diante. Não haveria, de acordo com os adversários das cotas, uma consciência de raça no Brasil.

Daí o grande risco de implementar políticas públicas adotando critérios raciais. Onde estariam os pardos? Os pardos são os brancos que escureceram ou os pretos que branquearam a pele? A medida suscitaria a lembrança de uma sociedade racializada que já teria sido extirpada da consciência do brasileiro.

Ainda, no terceiro capítulo, uma abordagem das manifestações e votos no âmbito da ADPF 186, voto a voto, consigna os argumentos mais importantes sustentados pelos Ministros bem como a análise dos argumentos das partes e demais interessados que atuaram no processo.

Os argumentos jurídicos basicamente giraram em torno da interpretação e aplicação do princípio da igualdade. No entender do STF, a interpretação há de ser feita numa conotação de dinâmica do princípio da igualdade. Ou seja, fundamentalmente, é preciso atentar para o fato de que a concepção de igualdade, egressa dos sentimentos liberais revolucionários, não atende mais às exigências sociais do Brasil de hoje.

Além disso, há um fosso histórico criado pela falta de acesso dos negros às oportunidades. Não adiantaria assegurar, hoje, condições objetivas de igualdade, pois, a distância entre as possibilidades de conquistas e fruição de utilidades sempre deixarão os negros em desvantagem. É necessário, portanto, temporariamente, forjar uma igualação de *status*, permitindo que, a partir de então, os espaços sejam disputados de forma equânime.

Nas considerações finais faz-se uma análise comparativa entre a argumentação elaborada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e os autores trabalhados no primeiro capítulo. Busca-se a coerência e sustentação da decisão pela validade das cotas num contexto argumentativo, de onde se pode retirar, por outro lado, juridicidade para uma decisão tomada em sentido contrário. Ou seja, o mesmo contexto normativo que abrigaria, como abrigou, a decisão favorável às cotas, abrigaria uma decisão em sentido contrário.

Essa circunstância está muito bem posta na obra de Hans Kelsen, para quem o arcabouço jurídico superior funciona como uma moldura para a norma, mesmo caracterizada numa decisão judicial.

O tema se reveste de grande importância não só pelo alcance prático das medidas afirmativas, mas, sobretudo, em razão de estar na agenda do século XXI, como bem registra a Ministra Carmen Lúcia.

Além disso, representa mais uma demonstração do papel do Poder Judiciário na efetivação das garantias conferidas na Carta Constitucional, reafirmando as atribuições do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação da norma constitucional, mesmo à míngua de legislações específicas no âmbito infraconstitucional. Sobressai-se a força normativa dos princípios insertos na Constituição.

Em razão da concomitância do desenvolvimento do trabalho com o andamento da ADPF 186, foi possível um acompanhamento em tempo real das discussões ocorridas no Supremo Tribunal Federal. As sessões destinadas à audiência pública, bem como as do plenário, quando da votação da matéria, foram gravadas através da TV Justiça e todas as manifestações foram colhidas das sustentações das partes e dos votos dos Ministros tal como foram proferidos em plenário.

Em razão de que o objetivo do presente trabalho é o estudo das discussões suscitadas em torno das Cotas Raciais abordando-as sob as lentes dos autores visitados no primeiro capítulo, adotou-se o critério de arrolar os mais importantes argumentos, tanto em sentido favorável como contrário às cotas, de forma a deixar bem evidentes não só a diversidade, mas, também, a sua enorme quantidade, todos com pertinência em relação ao comando constitucional.

Tramitava, no Congresso Nacional, desde 1999, o Projeto de Lei instituindo as cotas raciais nas universidades. Depois de várias emendas e modificações, o então projeto original foi substituído pelo Projeto de Lei 180/2008, que chegou à votação final e foi sancionado pela Presidente da República, dando origem à lei n.12.711, de 29 de agosto de 2012.

De acordo com a lei recém-sancionada 50% das vagas das Universidades Públicas serão destinadas aos egressos de escolas públicas, assegurando-se o ingresso de pretos, pardos e indígenas na proporção do percentual dessas etnias na população do Estado onde a instituição estiver instalada.

No Senado o Projeto de Lei teve um único voto contrário, o do Senador Aloysio Nunes Ferreira que sustenta a violação do princípio da autonomia universitária e que, em sua opinião, restou vulnerado pelo texto da lei.

A polêmica alcançou também algumas instituições importantes no contexto do ensino superior. Em manifesto conjunto¹ a ABC – Associação Brasileira de Ciência e SBPC – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência manifestaram desfavoráveis ao conteúdo do projeto de lei, sobretudo no que dizia respeito ao processo seletivo, que exclui o vestibular e a utilização do ENEM, substituindo-os pelo que designou de (CR) Coeficiente de Rendimento, representado pela média aritmética das notas e menções angariadas no ensino médio.

Além disto, insurgiram contra a definição de um procedimento padrão, sem atentar para a autonomia universitária. Alegam que as medidas afirmativas até então praticadas pelas universidades demonstram inegável criatividade e perfeita adaptação ao contexto de cada uma.

Pelo visto o manifesto e outras objeções levantadas surtiram efeito no momento da sanção da Presidente da República, uma vez que o art. 2º², que disciplinava o formato de seleção, foi vetado.

A lei não define, portanto, o critério de seleção, muito embora o Ministro da Educação tenha se posicionado pela adoção do ENEM.

Não é demais frisar que, mais uma vez, vê-se o Judiciário abrindo o caminho que deveria ter sido viabilizado pela ação do Poder Legislativo. A iniciativa tramitara durante treze anos sem um desfecho. A resposta ao atraso veio em forma de decisões judiciais constitutivas de direito com base nos princípios constitucionais. Se isto não significa uma invasão de poder, serve à constatação de que há um descompasso entre a necessidade de atualização legislativa e a atividade de legislar. Nessa tarefa de redesenhar a norma dentro dos padrões do tempo presente é que o Judiciário, por meio de seu agente – o juiz – cria normas, conforme lecionam Alf Ross, Eros Grau e Hans Kelsen. A interpretação passa a ser uma atividade constitutiva de direito e não apenas uma operação de aplicação da norma.

¹http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=2095&var_recherche=MANIFESTO

²“Art. 2º As universidades públicas deverão selecionar os alunos advindos do ensino médio em escolas públicas tendo como base o Coeficiente de Rendimento (CR), obtido por meio de média aritmética das notas ou menções obtidas no período, considerando-se o currículo comum a ser estabelecido pelo Ministério da Educação.

2 HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Nesse primeiro capítulo o presente trabalho propõe analisar as três fases distintas e mais significativas da norma: a criação, a interpretação e a aplicação, sob a ótica dos autores Chaïm Perelman, Alf Ross, Eros Grau e Kelsen, os quais nortearão a abordagem do tema proposto, ou seja, o sistema de cotas, à luz da decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF 186, na qual apreciou a constitucionalidade do sistema adotado pela Universidade de Brasília.

2.1 Chaïm Perelman

Inicialmente, quanto a Perelman, o Direito é um instrumento de pacificação na medida em que sua eficácia decorre, exatamente, de sua aceitação como fruto de decisões convincentemente bem fundamentadas. Em sua opinião, o direito flui não da norma propriamente dita, mas da argumentação que de sua aplicação decorre, de forma que haja aceitação por parte daqueles sobre os quais a decisão é aplicada. Para alcançar esse resultado correspondente às expectativas do auditório – identificado por Perelman em três grupos distintos: partes, operadores do direito e a opinião pública – o autor enfatiza a necessidade de reconhecer a existência de uma lógica jurídica que buscasse na retórica o seu ponto de apoio.

Perelman enfatiza que, desde a antiguidade, o raciocínio jurídico foi exercido utilizando-se de argumentos *a simili* ou *a contrario*, ou *a fortiori*. No entanto, pondera que não é fácil atribuir a esses argumentos um esquema de lógica puramente formal. A aplicação desses argumentos, ao mesmo tempo, pode gerar contradições inconciliáveis, acarretando a necessidade de escolha entre uma possibilidade e outra. (PERELMAN, 2004, p. 2)

Num exemplo elucidativo: “uma determinada lei estabelece que os jovens que completarem dezoito anos devem se alistar no serviço militar”. Aplicando-se o raciocínio lógico-formal tem-se que as jovens do sexo feminino também teriam que se alistar? Ou ao dizer jovens, quis o legislador tão somente alcançar o sexo masculino? (PERELMAN, 2004, p. 2)

Uma questão como essa não se revolve apenas aplicando o raciocínio lógico formal, ante a possibilidade de mais de uma solução possível. Portanto, caso se aplique, nesse caso, um raciocínio lógico, não será possível fazê-lo sem perquirir sobre a vontade do legislador e, nesse caso, extrapolado restaria o campo da lógica formal.

Vê-se, então, que esse exercício pressupõe uma argumentação para se chegar a uma escolha.

Na lógica formal, a veracidade da conclusão dá-se mediante a transferência, para Essa, da veracidade das premissas. É uma dedução apenas. A lógica jurídica indaga sobre a veracidade das premissas e sobre a quantidade de acepções possíveis a fundamentar uma conclusão. (PERELMAN, 2004, p.142)

No exercício da argumentação não será possível a adesão total do *auditório*³, conforme Perelman. Nesse caso, a argumentação deve ser desencadeada de tal forma que possa angariar o maior número possível de adeptos. E, como a discussão – argumentação – não pode perdurar indefinidamente, os diversos ramos do direito criaram mecanismos para *estabilizarem*, no tempo, estes argumentos, adequando-os o mais próximo possível das situações práticas que estariam a exigir a aplicação de uma norma. Esses mecanismos têm relação com o procedimento, competência, e demais condições exigidas para a solução dos litígios, inclusive, a autoridade da coisa julgada, que impede o prolongamento das discussões para além do desejável. (PERELMAN, 2004, p. 167)

A lógica jurídica, consistente em uma operação para além da lógica formal, não pode desprezar o contexto das instituições, sua ideologia, concepções de moral e religião, sobre a própria justiça, levando sempre em conta se o direito é apenas o resultado da aplicação da lei, ou seja, se ele tem como fonte tão somente a lei, ou se ele pode ser retirado também dos princípios gerais e de outras fontes. Em outras palavras, ao *dizer* o direito é possível ao juiz fazê-lo invocando tão somente a lei?

Perelman aponta uma significativa evolução dessas concepções desde a antiguidade, passando pela revolução francesa, código de Napoleão, seguindo-se o positivismo representado, então, pela Escola da Exegese. Da indiferença do juiz a qualquer espécie de não assentimento em relação aos julgados, por causa da autonomia que lhes era conferida no período pré-revolucionário, seguiu-se a influência da revolução francesa, no que tange à separação dos poderes e a inevitável concepção, para a época, de que o judiciário não poderia interpretar a lei, pois com isto, estaria invadindo a seara do poder legislativo, fiel ao código de Napoleão, assumindo os relativos exageros da escola exegetica. (PERELMAN, 2004, pp.30-31)

Detendo um pouco nessa fase, constata-se que o juiz era um “servidor da lei”, sua sentença deveria ser deitada sem qualquer preocupação com o meio ou com o razoável ou

³O auditório, neste caso, é específico e não universal, dado que a decisão busca uma finalidade, tem um objetivo de produzir um resultado. Daí, as partes, os operadores do direito e o público constituírem-se nos três tipos de auditórios admitidos por Perelman na obra analisada.

aceitável. As poucas possibilidades de não se agir rigorosamente nos termos da lei decorriam das *antinomias*, ou seja, a possibilidade de ocorrer duas diretrizes incompatíveis vindas de um mesmo comando.

Relevante foi o fato de que as antinomias surgiram de vários matizes ante a inarredável determinação de seguir tão somente a orientação do texto legal e encontrar, nele mesmo, todas as possibilidades de aplicação. Essas antinomias tinham origem em relação ao espaço da aplicação da norma – norma estrangeira em face de norma nacional, por exemplo. Além das antinomias, destaca-se também como dificuldade da escola da exegese a resolução dos casos de lacunas na lei. Na antinomia tem-se mais de uma diretriz, via de regra, inconciliáveis. Na lacuna, tem-se a ausência de comando, de previsão. (PERELMAN, 2004, p.54)

É exatamente na complementação das lacunas que aparece a necessidade de se abandonar o mecanismo de dedução a partir da lógica formal. Isto porque, na lacuna, “falta lei”, torna-se impossível a ocorrência de um silogismo exatamente pela falta do pressuposto, ou seja, da premissa de referência.

Nas observações de Perelman, as lacunas só vieram a aparecer a partir do século XIX, com a separação dos poderes. Não podendo o juiz completar a norma, posto que, assim agindo, estaria invadindo a seara do Poder Legislativo, a lacuna passou então a existir, desde que não se pudesse prever determinada situação de fato passível de intervenção judicial. Antes da revolução, ao juiz era permitido encontrar a regra aplicável, procurando outras fontes, proferindo as “sentenças de regulamentação”. Sabe-se que a discricionariedade judicial foi um dos pontos atacados pela revolução francesa e, em especial, pelo código de Napoleão, muito embora esse tenha admitido a supressão de lacunas mediante uma motivada conclusão. (PERELMAN, 2004, p.63)

Observa-se, de forma impressionante, que foi exatamente a necessidade de completar as lacunas que propiciou ao juiz a prerrogativa de “elaborar” normas. (PERELMAN, 2004, p.63)

Na segunda metade do século XIX Savigny, dando sequência aos empreendimentos de Ihering, introduz a perspectiva da visão funcional do direito, a qual se tornou dominante no final do século. De acordo com essa concepção, o direito não pode ser um sistema fechado. Deve ser, por outro lado, um instrumento, um meio para atingir determinado fim e promover certos valores. (PERELMAN, 2004, pp. 69-75)

Advoga a escola que Essa função não deve limitar-se a enunciar ou proclamar esses valores. Deve formular regras com precisão que indiquem o proibido, o permitido, o

obrigatório, enfim, com vistas a realizar esses valores. Daí, o papel do juiz ir além da dedução a partir da expressão legal, imiscuindo-se até a origem da norma para procurar conhecer o querer, a vontade do legislador. Nesse caso, o papel da doutrina reveste-se de uma investigação histórica da intenção que presidiu a elaboração da lei, analisando, inclusive os relatórios e apontamentos da época de sua edição. (PERELMAN, 2004, pp. 69-75)

Tal evolução parte da compreensão de que há certas excepcionalidades que não podem ser tratadas pela lei. Perelman cita o clássico exemplo da proibição de se entrar com um cão na estação de embarque, que poderia não vigorar se alguém pretendesse entrar com outro animal cuja presença pudesse não ser também recomendada. Nesse caso, o “texto” da lei é expresso: a proibição refere-se ao cão. No entanto, o bem visado pelo legislador, como objeto de proteção, foi a incolumidade das pessoas. Portanto, qualquer animal poderia ter a entrada proibida, numa interpretação funcional do direito. Perelman, citando Tarello, informa haver pelo menos treze tipos de argumentos conferidos ao intérprete, que permitem interpretar os textos consoante a vontade do legislador. São eles os argumentos: *a contrario*, *a simili*, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherentia*, *psicológico*, *histórico*, *apagógico*, *teleológico*, *econômico*, *ab exemplo*, *sistemático e naturalista*.. (PERELMAN, 2004, pp. 69-75)

É certo que o prudente, conforme ponderado por Perelman, é o juiz não tomar qualquer iniciativa no sentido de adaptar ou reformar a “lei” diante das necessidades advindas das mutações sociais. No sentir do autor, o juiz deve aguardar a iniciativa legislativa na atualização dos textos legais. No entanto, quando isto não ocorre, ele mesmo deve enfronhar-se na tarefa de atualização, modificando a jurisprudência. Essa situação propicia a distinção que o juiz faz entre a legislação em vigor (*de lege lata*) da legislação desejável (*de lege ferenda*). (PERELMAN, 2004, p. 83)

Perelman aborda, ainda, o fato de existirem, em razão das dificuldades apontadas acima – inércia do legislador -as presunções legais, chamadas de presunções *juris tantum* (até prova em contrário). Há presunções, tanto legais, como aquelas vindas da jurisprudência. O autor cita o exemplo da *presunção de legalidade dos atos da administração*. Ao lado destas existem as presunções irrefragáveis, *juris et de jure*, que não admitem prova em contrário. Trata-se daquelas situações em que a não oposição a um fato pressupõe o consentimento, ou como no caso citado pelo autor, quando a administração não responde, em certo prazo, um determinado requerimento do cidadão, passando a partir de então a ter como deferido o pleito; o *non contradicere* do donatário ao receber a coisa doada (art. 1.166, CC). Nesses casos dá-se valor ao silêncio. (PERELMAN, 2004, p. 84)

Continuando a reflexão sobre as presunções, Essas guardam certas diferenças em relação ao também recurso de interpretação denominado de *ficção jurídica*. A ficção parece um subterfúgio. A prática da eutanásia é citada como exemplo. O ato de tirar a vida é o mesmo na eutanásia e no assassinato. No entanto, em alguns sistemas jurídicos, admite-se a eutanásia. Quando isto ocorre, o “assassino” não é culpado. (PERELMAN, 2004, pp. 86-87)

Essa modalidade de argumentação está na origem da validade da aplicação dos princípios gerais, ou seja, a invocação de um princípio geral para negar a validade de um texto de lei ou para *dizer* o direito onde lei alguma exista.

Perelman anota que a utilização da ficção jurídica provoca duas reações interessantes. A primeira equipara-se a uma revolta contra a realidade jurídica; uma insatisfação e indisposição para a aplicação das normas que não trazem consequências adequadas e justas. Essa revolta provocaria uma reação no legislativo que, em razão disto, se sentiria forçado a atualizar o sistema normativo. Mas, quando isto não ocorre, ou ocorre em descompasso com a realidade social, outro fenômeno tende a aparecer, conforme afirma, e tem relação com o aumento do poder dos juízes. Numa terminologia de hoje, o incremento da discricionariedade judicial. Essa tendência, nos meados do século passado, acentuou-se em face da repercussão mundial do processo de Nuremberg, de onde se percebeu que mesmo um Estado dirigido despoticamente legitima seu ordenamento jurídico por meio de procedimentos válidos e, portanto, perfeitamente legais. O Direito é mais do que a conformidade com a lei. (PERELMAN, 2004, p.29)

Anoto a existência de três fases no que Perelman chama de “ideologia judiciária”. A primeira, anterior à Revolução Francesa, via a justiça como o tratamento igual de casos essencialmente semelhantes. Muito pouca atenção era dada à motivação, até porque os atos judiciais não eram publicados. A segunda, a partir da Revolução Francesa e que durou mais de um século, valorizava a legalidade e a segurança jurídica, preconizando o aspecto dedutivo no raciocínio jurídico. Este era puramente formal, aproximando direito e matemática e aguçando a dependência do judiciário em relação ao legislativo. A terceira e ultima fase resta caracterizada por uma maior independência do juiz na busca da equidade na solução de cada caso. Muito embora dentro de parâmetros estabelecidos por um sistema de direito, o juiz procura particularizar a atenção em cada caso, flexibilizando a lei pela aplicação cada vez mais crescente dos princípios gerais do direito. De subordinado, o juiz passa a ser um auxiliar do legislativo, cujas ações se complementam. (PERELMAN, 2004, p. 115-116)

Numa concepção menos formalista do direito, abre-se cada vez mais espaço para a aplicação da jurisprudência e dos costumes, aproximando-se o direito continental do

common law. Nesse exercício, o direito tem relação direta com a sua aceitação pelo meio por ele regido, ou seja, interessa-lhe mais o modo como uma legislação funciona na sociedade. Em situações diversas podem ser dadas ao mesmo texto legal, em épocas e “auditórios” diferentes, mais de uma interpretação. (PERELMAN, 2004, p. 115-116)

Há diferença entre a letra da lei, sua interpretação e sua aplicação. Algumas leis, pela disparidade entre o seu texto e a realidade social que as envolve, nem chegam a ter eficácia. Daí concluir que a eficácia do direito tem tudo a ver com a sua aceitação, com a sintonia verificada entre o público e a sua aplicação. O Direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência. Uma, de ordem sistemática, a partir da elaboração de uma ordem jurídica coerente, e outra, de ordem pragmática, a partir da busca de soluções aceitáveis pelo meio. Desse modo, na visão de Perelman, as decisões devem satisfazer três auditórios diferentes: as partes em litígio, os profissionais do Direito e a opinião pública. (PERELMAN, 2004, p. 116)

As decisões, portanto, devem buscar a paz e a justiça social mediante uma fundamentação válida, somente possível a partir da argumentação, tornando a solução aceitável.

Perelman não vê o direito como um sistema estático. Ele o vê dinâmico, com vida. E, por isso mesmo, com lacunas, inexatidão. E, em razão disto, experimenta variações em razão do tempo, do lugar e da compreensão do meio social. (PERELMAN, 2004, p. 115)

Concluindo, a lógica judiciária “concentra-se, não na ideia de verdade, mas na de adesão”. O direito decorre, portanto, da apreensão judicial dos argumentos confrontados pelas partes, aplicado de forma a corresponder às expectativas e necessidades das pretensões das partes e do meio social por ele regulado.

Nota-se que na percepção de Perelman, uma adequada argumentação legitima a decisão judicial. Do contraditório, valorizado na admissão dos argumentos e provas e, ainda, os argumentos sobre as provas e tudo mais que o debate processual possa proporcionar, emana um conteúdo de justiça. Muito embora seja pouco provável a adesão voluntária e dessedentada da parte vencida. Foi exatamente em razão deste sentimento, às vezes velado, de prejuízo, que Hans Kelsen rejeitou o conteúdo de justiça na decisão judicial, porque a parte vencida sempre imagina subtraída em seu direito e, por isso mesmo, não se convencerá de que houve justiça. (KELSEN, 2000, pp.19-20)

Perelman vê, então, nos mecanismos de estabilização da jurisdição – dentre eles a coisa julgada – um instrumento legítimo de por termo aos argumentos contrapostos. Conquanto o exercício da argumentação deva ser o mais intenso e eloquente possível, não

deverá perdurar infinitamente. Ao decidir, a autoridade do judiciário não só encerra o ciclo do debate, mas, também, é por ele legitimada.

2.2 Alf Ross

De acordo com Ross, o “ordenamento jurídico pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente opera na mente do Juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata” (ROSS, 2007, p. 59).

O autor estabelece uma interessantíssima relação entre o jogo de xadrez e o sistema jurídico. Em suas palavras:

“As normas do xadrez são, pois, conteúdos abstratos (de natureza diretiva) que permite, na qualidade de um esquema interpretativo, a compreensão dos fenômenos do xadrez (as ações dos movimentos e os padrões de ação experimentados) como um todo coerente de significado e motivação, uma partida de xadrez; e conjuntamente com outros fatores e dentro de certos limites o predizer do curso da partida”

“O propósito dessa discussão sobre o xadrez nesse ponto fica, indubitavelmente, claro. Aponta para a afirmação de que o conceito “norma vigente do xadrez” pode atuar como paradigma para o conceito “direito vigente”, o que constitui o verdadeiro objeto de nossas considerações preliminares” (Ross, 2007, p. 39)

Alf Ross inicia a obra ponderando sobre o problema da conceituação ou natureza do direito, dado que o conceito implica outros conceitos fundamentais pertinentes de fonte do direito, dever legal, norma jurídica, o que seja a matéria do direito, sanção e outros fenômenos. Desses temas cuidou a escola de filosofia do direito conhecida como analítica, fundada por John Austin por volta de 1830, influenciando diversos filósofos posteriormente, com destaque para Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito, considerada por Ross “como a mais importante contribuição à filosofia do direito do século”. (ROSS, 2007, p. 25).

Para a escola analítica o direito é considerado um sistema de normas positivas e efetivamente vigentes, independentemente de quaisquer valores de ordem ética ou mesmo política. Nessa linha, indica a obra de Kelsen acima citada como exemplo da preocupação de distanciar a ciência do direito de quaisquer fundamentos de conotação moral. (ROSS, 2007 p. 25).

Outro problema abordado de início diz respeito ao propósito ou ideia do direito, cuja investigação busca conhecer os princípios que dão validade ao direito. O que, na verdade, é a ideia do direito, pelo que se tem a norma como correta ou não? Para Ross, muitos admitem que o direito tenha uma relação direta com justiça, ou seja, a ideia do direito é a justiça, o que faz aparecer questões sobre o teor de justiça e sua relação com o direito

positivo. Até que ponto restaria o princípio de justiça presente na legislação? Essas questões são indagadas pela filosofia do direito natural. (ROSS, 2007, p. 25).

O terceiro problema abordado por Ross trata da interação do direito com a sociedade, abordagem que necessariamente considera a origem histórica do direito e o seu desenvolvimento, bem como os fatores sociais que determinam as mutações no direito, inclusive aqueles de índole econômica e os relacionados à consciência jurídica no seio da população. Observa-se que tanto o direito sofre influência desses fatores sociais como estes desempenham funções modificadoras interessantes naquele. Essas questões são tratadas pela chamada escola histórico-sociológica. (ROSS, 2007, p. 27).

Nada obstante as abordagens de matizes filosóficos diferentes, o fato é que sem definir-se a natureza do direito, as indagações persistirão. Ross suscita um argumento interessante: quem pensaria em destinar o problema da natureza dos fenômenos psíquicos a um tratamento independente numa outra ciência que fosse distinta da psicologia? Por que em relação ao direito o tratamento é tão diferente ao ponto de buscar-se compreendê-lo fora do âmbito da ciência do direito? (ROSS, 2007, p. 29).

A partir destas indagações inclui em seus argumentos um ingrediente linguístico. Por expressão linguística entende Ross uma “organização consciente da linguagem na utilização real, oral ou escrita”. Pondera:

“Toda expressão linguística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem. Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivo volitivas que me impeliram a me expressar, um impulso para comunicar ideias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão. Certas expressões linguísticas possuem adicionalmente, um significado representativo, quer dizer, a expressão *indica, simboliza ou representa* um Estado de coisas. Não se trata de uma relação causal, mas lógica. Se digo, por exemplo, “meu pai Essa morto”, Essa expressão indica certo Estado de coisas”. (ROSS, 2007, p. 29).

Diante destas considerações distingue três tipos de expressões linguísticas:

Expressões de asserção, ou seja, expressões com significado representativo. Na expressão utilizada como exemplo: “meu pai está morto”, há a expressão considerada como o impulso de comunicar alguma coisa e uma asserção correspondente ao significado ou representação advinda da expressão.

Expressões de Exclamação, que não tem significado e não comunica nenhuma influência.

Expressões Diretivas, as quais não possuem significado representativo, mas com intenção de exercer influência. Nesse caso, dá como exemplo a expressão “fecha a porta”. Nesta expressão, que não possui significado representativo, há um elemento identificado por Ross como uma “carga emocional ou intencional”. O que existe de significado nela está embutido na

expressão. Ela contém uma carga emocional. em si mesma. (ROSS, 2007, p. 31).

A diferença observável entre as expressões diretivas e as de asserção está no fato de que, quanto a essas, o significado poder ser abstraído da expressão e do seu contexto de experiência, tornando possível a prova de sua verdade ou falsidade. O estado de coisas induzido pela asserção *meu pai está morto* é verificável, distintamente da expressão. No caso da diretiva “feche a porta” o fator intenção não pode ser distinto da expressão. (ROSS, 2007, p. 31).

A partir destas considerações Ross indaga: à qual destas categorias pertencem as orações encontradas nas regras jurídicas? Partindo do argumento de que as regras não são elaboradas para *comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas*, Ross sustenta que as expressões contidas nos textos das regras jurídicas são do tipo *diretivas*, o que implica dizer que comportam uma *intenção de exercer influencia*. (ROSS, 2007, p. 31).

Este ponto da reflexão de Ross é inteiramente compatível com a ideia de Kelsen, quanto a conter a norma jurídica um *dever-ser*, ou seja, certa indução a que os indivíduos, naquela situação tipificada na norma, ajam de certa maneira. (KELSEN, 1998, p. 175). Muito embora Ross, quando trata da interpretação e da aplicação da norma ao caso concreto advoga uma fuga da ideia de dever-ser e afirma categoricamente que o direito é o que é. (ROSS, 2007, pp. 181-182)

Entendo que, nesse ponto, Ross expõe a mais importante contribuição de sua obra. Ao identificar o direito vigente o autor citado expõe sua influência realista. Utilizando uma alegoria do jogo de xadrez, numa intrincada argumentação, o autor estabelece uma relação interessante entre os movimentos observáveis externamente e que consistem na ação dos jogadores de empreender movimento às peças do xadrez, com os resultados pretendidos pelos jogadores que somente são percebidos pelos que conhecem as regras e as teorias do jogo de xadrez. Quem observa o jogo de xadrez, sem conhecer as regras e a teoria do jogo, vê apenas movimentos físicos, sem qualquer significado. Peças que se movimentam pelo impulso das mãos do jogador. (ROSS, 2007, p. 34).

O observador que conhece as regras pode até entender porque o movimento das peças não se deu de certa maneira, mas de outra, e porque não se faz certos movimentos que aparentemente seriam normais em outros jogos. Mas mesmo assim, faltará compreender o significado dos movimentos das peças do xadrez. O observador, contudo, que conhece as regras e as teorias do jogo saberá prever um possível movimento de um dos jogadores, estimulado pelo movimento empreendido pelo outro. Percebe-se, assim, que para além da

realidade física e observável do movimento dos jogadores, há uma realidade cheia de sentidos e que se constitui nas razões maiores do jogo. Ressalta Ross: (ROSS, 2007, p. 34).

“Cumpre notar que o “entendimento” no qual estamos aqui pensando é de um tipo distinto do causal. Não operamos aqui com leis de causalidade. Os movimentos não entretêm qualquer relação mutuamente causal. A conexão entre eles é instaurada por meio das regras e da teoria do xadrez. A conexão é de significado” (ROSS, 2007, p. 36).

Há algumas particularidades interessantes analisadas por Ross quanto ao jogo do xadrez. Primeiramente, não se joga xadrez sozinho. Há necessidade de uma co-participação não no sentido simplesmente de cooperação, mas de correspondência da ação de um em relação ao outro. Elucida essa colocação a ilustração de dois homens que cavam uma vala. Nesse exemplo qualquer um poderia fazê-la sozinho. No jogo de xadrez, pelo contrário, o que um faz, embora aparentemente semelhante ao que faz o outro, tem um objetivo distinto, pois o revezamento é uma condição do jogo.

A despeito disto, anota Ross a intersubjetividade das regras do xadrez, pois as interpretações de ambos são idênticas, o “sentido” do jogo é percebido por ambos e é exatamente isto que dá um significado coerente e o impede ser apenas movimentos individuais isolados. (ROSS, 2007, p. 26).

Essas constatações levam Alf Ross a verificar que o jogo de xadrez pode ser tomado como um simples modelo de fenômeno social. As ações dos indivíduos em sociedade não se apresentam caóticas. Pelo contrário, tem significado em relação a um conjunto de regras comuns. As relações sociais se desenvolvem dentro de parâmetros que permitem perceber uma significação no seu conjunto. Há uma compreensão interna do significado do jogo social, na percepção e entendimento das regras que possibilitam prever o curso das ações e, de certa forma, o resultado delas. (ROSS, 2007, p. 543).

As regras do jogo de xadrez são classificadas por Ross como sendo primárias, ou seja, aquelas que tratam do aspecto formal do jogo, como os movimentos das peças, a função de cada uma e de como elas são utilizadas. Enfim, como deve ser jogado o jogo. Nesse aspecto não há qualquer referência à teoria do jogo. As regras teóricas são enunciados hipotético-teóricos que não só pressupõem a existência das regras primárias mas indicam as consequências advindas das ações dos jogadores. Na medida em que um jogador movimenta uma peça do jogo, ele produz uma reação no jogador adversário que, em face daquela atitude, empreende a sua jogada. Há uma motivação mútua que é ganhar o jogo. Nas regras primárias não há qualquer motivação; apenas demonstra-se como jogar. E, nesse desiderato, emitem

diretivas que devem ser observadas pelos jogadores sob pena de incorrem em falta, gerando a reação pronta do adversário. (ROSS, 2007, p. 36).

As regras primárias são obrigatórias, ou melhor, de observância obrigatória. Seu descumprimento gera protesto. As regras da teoria do jogo, quando não observadas, gerariam, no máximo, um espanto, uma surpresa. (ROSS, 2007, p. 37).

A partir de então, Ross continua sua alegoria indagando quais seriam as regras que regem o jogo de xadrez. Descarta aquelas que podem ser objeto de observação sob o ângulo comportamental e tidas, como tais, tão somente em razão da regularidade. Descarta, também, a possibilidade de defini-las a partir de um regulamento específico baixado por uma autoridade do jogo de xadrez pelo fato de que não seria inteiramente verdadeiro que em razão destas disposições regulamentares, os jogadores se sentiriam motivados a aderirem às mesmas, na prática. Poderia nas precisas palavras de Ross, não receberem a adesão dos jogadores. (ROSS, 2007, p. 38).

Diante da insuficiência destes critérios, restaria um método introspectivo, ou seja, quais regras seriam sentidas como obrigatórias pelos jogadores. Portanto, dois critérios indicam as regras vigentes do jogo de xadrez: um decorrente da possibilidade de verificar, pela observação externa, a sua existência; que seja algo real, visível e, outro, indicado pela adesão, pelo sentimento de obrigatoriedade que ela impõe ao jogador. (ROSS, 2007, p. 39-40).

As regras do xadrez, portanto, funcionam como um esquema interpretativo dos fenômenos do xadrez.

Concluindo sua alegoria, afirma Alf Ross:

“O propósito dessa discussão sobre o xadrez nesse ponto fica claro. Aponta para a afirmação de que o conceito “norma vigente do xadrez” pode atuar como paradigma para o conceito “direito vigente”, o que constitui o verdadeiro objeto de nossas considerações preliminares.
“Pode-se também considerar o direito como consistindo parcialmente em fenômenos jurídicos e parcialmente em normas jurídicas em mútua correlação” (ROSS, 2007, p. 40).

Transportando para a compreensão de direito vigente percebe-se que as ações humanas podem expressar um todo coerente e cheio de significados quando vistas a partir de normas jurídicas. Ou seja, as normas jurídicas criam um esquema interpretativo que confere sentido às ações tomadas isoladamente. Para ilustrar, Ross usa o exemplo de um negócio jurídico entre A e B. A adquire uma casa de B, que se mostra inapta para ser habitada porquanto restaria destruída por cupins. B nega-se a atender ao pedido de abatimento do preço feito por A e este, diante deste comportamento aciona B, que é forçado a indenizar A do

prejuízo. Mesmo diante da condenação B não satisfaz a obrigação e é executado, seus bens são penhorados e vendidos para a satisfação do crédito de A. (ROSS, 2007, p. 41).

Ao tomarmos os atos de A ou de B, isoladamente, nenhum significado terão. No entanto, quando estes atos são observados à luz da regra jurídica, cada um deles passa a ter um significado e o conjunto destes atos forma um todo coerente.

Quando o conjunto de normas for capaz de servir como esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais tornadas coerentes de significados e motivação, estar-se-á diante de um direito vigente, onde as normas são acatadas porque são sentidas como obrigatórias e permitem, em razão da compreensão do significado delas, sejam as ações sociais preditas, ou seja, previsíveis. (ROSS, 2007, p. 34).

Resumindo, conclui Ross:

“Em síntese: um ordenamento jurídico nacional é um corpo integrado de regras que determina as condições sob as quais a força física será exercida contra uma pessoa; o ordenamento jurídico nacional estabelece um aparato de autoridades públicas (os tribunais, e os órgãos executivos) cuja função consiste em ordenar e levar a cabo o exercício da força em casos específicos; ou ainda mais sinteticamente: um ordenamento jurídico nacional é o conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado”(ROSS, 2007, p. 34).

A partir desta compreensão continua indagando Ross: quais são os fatos sociais que como fenômenos jurídicos constituem a contrapartida das normas jurídicas? Em outras palavras, o que fornecem as normas jurídicas? Obviamente, as ações humanas que elas regulam. Portanto, a contrapartida das normas jurídicas, em última análise, são as decisões judiciais. Daí, a vigência das normas ser determinada pela sua aplicação pelos tribunais. (ROSS, 2007, p.58-59).

Portanto, direito vigente é aquele aplicado pelos juízes e tribunais. Nesta concepção, mesmo a lei só seria direito quando aplicada pelo juiz. Até porque uma lei pode ser desconsiderada pelo juiz. (ROSS, 2007, p.59).

Ross sentiu-se na obrigação de melhor elucidar o significado do termo “aplicado” pelos juízes. Referir-se-ia, o termo, a uma aplicação no passado, no agora ou como será aplicado no futuro? Tratando-se o direito de um fato social, obviamente o foco será sempre o que diria um tribunal no presente, pouco interessando qual foi o entendimento do tribunal em questões passadas. E, a menos que haja razões fortes para crer que um tribunal se manifestará sobre uma norma de certa maneira no futuro, não se há de considerar direito vigente o que ainda está por vir. Nesse caso, a previsão de aplicação de uma norma será

sempre uma hipótese, caso permaneçam as mesmas condições de hoje e nenhuma alteração sofra a legislação. (ROSS, 2007, p. 60- 61).

Essas afirmações denotam a intensidade do compromisso de Ross com o entendimento de que o direito decorre das decisões judiciais. Ele é aquilo que diz ser o juiz. De forma que, assim entendendo, outra constatação aparece óbvia: as normas jurídicas são elaboradas para os juízes e não para os indivíduos. (ROSS, 2007, p. 61).

“Nossa interpretação, baseada na análise precedente, é que o conteúdo real das proposições da ciência do direito se refere às ações dos tribunais sob certas condições. O conteúdo real, por exemplo, da proposição que afirma que a seção 62 do *Uniform Negotiable Instruments Act* é direito de Illinois, é a asserção de que sob certas condições os tribunais de tal Estado atuarão de acordo com o teor dessa seção. Esse teor é uma diretiva ao juiz para que ordene ao sacado pagar a letra que aceitou, mas que deixou de pagar no dia do vencimento” (ROSS, 2007, p. 65).

Ross elabora um argumento interessante nesse ponto. Realmente a obrigação constante de um título não satisfeita, chama à evidência uma norma jurídica cuja diretiva estabelece que pode o devedor ser executado, ou seja, constrangido a pagar. No entanto, quando o aparato judicial é acionado, algumas condições são analisadas pelo juiz na aplicação da norma. Pondera Ross, como exemplo, o fato possível de que o emitente seja um menor, ou que o credor tenha praticado algum ato que descaracterize o seu direito. Ou seja, na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, não se tem como pressuposto único a existência de uma norma aplicável, mas, também a existência, ou não, de fatos condicionantes de tal regra. Essa operação que é feita pelo juiz coloca a regra, ou seja, a sua diretiva, como parte essencial do raciocinar em que se funda a sentença (ROSS, 2007, p. 67).

Nesta concepção Ross nega uma duplicidade de normas, ou seja, uma dirigida ao emitente – se não pagar conforme o título poderá sofrer um processo judicial – e outra dirigida ao juiz, determinando-o que force o devedor a cumprir sua obrigação. No entender de Ross:

“O que temos aqui não são duas normas distintas, mas sim dois aspectos da mesma norma. É dirigida ao juiz e condiciona a aplicação da compulsoriedade à conduta do aceitante, o que dá origem a um efeito reflexo: cria um motivo para que o aceitante da letra evite uma conduta que desencadeará o uso da força. Em outras palavras, cria um motivo para que o aceitante pague” (ROSS, 2007, p. 78).

Outra objeção segura levantada por Ross à ideia de que o direito é uma regra respaldada pela força refere-se à existência de normas de competência, haja vista não serem

respaldadas pela força, muito embora pudesse o descumprimento gerar alguma nulidade. As normas, na verdade, referem-se à possibilidade de aplicação da força. Isso é diferente de ser respaldada pela força. A força não lhe confere maior, ou melhor, sentido. (ROSS, 2007, p. 78).

Nesse ponto Ross critica o entendimento de Hans Kelsen, para quem o direito é uma ordem coercitiva. A ordem é dirigida ao indivíduo que pratica a ação ou deixa de praticá-la em razão da sanção que pode sofrer. (KELSEN, 2000, pp 26-27)

Nesta altura já é oportuna a abordagem sobre as fontes do direito, também do ponto de vista de Alf Ross. Muito embora inúmeros temas interessantes sejam tratados na obra, a presente reflexão visa à identificação dos temas mais pertinentes em relação aos objetivos específicos deste trabalho, os quais constam dos demais capítulos.

Pois bem. De início o autor relembra que ao afirmar que certo direito é vigente implica em uma previsão no sentido de que presentes certas circunstâncias e condições, tal direito será aplicado em disputas jurídicas futuras. Muito embora não seja absoluta, essa previsibilidade é possível. Mesmo quando um juiz deva escolher entre uma norma e outra e de certa forma exercer um juízo íntimo, é possível comprovar a tendência de sua interpretação mediante a observação dos resultados de sua atuação. O ato de escolha e decisão do juiz não encerra um arbítrio ou capricho indiscriminados, haja vista que age dentro de uma ideologia normativa comum – lembre-se da teoria do jogo de xadrez. (ROSS, 2007, p. 102).

A ideologia normativa é o objeto do que chama Ross a “doutrina das fontes do direito”. Não consiste em ditar diretivas de como resolver as disputas. Na verdade propõe indicar procedimentos para o juiz descobrir as diretivas que deverão ser aplicadas. Ressalta Ross que

“qualquer doutrina normativa das fontes do direito que não se adeque aos fatos carece de sentido se pretender ser algo mais que um projeto de um direito novo e melhor. A doutrina das fontes, como qualquer outra doutrina acerca do direito vigente, é descritiva de normas e não expressiva de normas; é uma doutrina que se refere a normas, não uma doutrina que consiste em normas” (ROSS, 2007, p. 102).

Na concepção de Ross, fontes do direito são diretivas aos juízes para que apliquem regras criadas de acordo com procedimentos específicos. Atento eu, agora, para a metáfora para acrescentar que a “fonte” jorra a água, mas a fonte não é a água. Ross chega a admitir a possibilidade de, nos sistemas jurídicos legislados, que formulam leis que apresentam um “produto” acabado, existir uma identificação mais estreita entre a lei e a fonte, ou seja, a lei poderia ser considerada como a fonte do direito. (ROSS, 2007, p. 102).

No entanto, tratando-se de sistemas não codificados, onde prevalecem os precedentes, bem como em relação aos costumes, o juiz não dispõe de diretivas prontas e acabadas. Na verdade os precedentes, os costumes e, no dizer de Ross, a própria razão, oferecem matéria-prima para ser trabalhada e receber o acabamento final pelo juiz. Nesse exercício o juiz elabora a norma que necessita para aplicar ao caso. (ROSS, 2007, pp 102-103)

Depois destas ponderações Ross apresenta o seguinte esquema de classificação das fontes: 1) o tipo de fonte completamente objetivada: as formulações revestidas de autoridade (legislação); 2) o tipo de fonte parcialmente objetivada: costume e precedente; 3) o tipo de fonte não objetivada, livre: a razão. Inobstante a complexidade do tema das fontes do direito, no sistema jurídico codificado não se experimenta maiores dificuldades ante a farta doutrina sobre essas fontes as quais descrevem, minuciosamente, cada uma delas e sua importância para o ordenamento jurídico. São os procedimentos de elaboração legislativa bem como das regras estabelecendo a relação entre uma norma e outra e ambas relacionadas com a Constituição, como por exemplo, como entram as leis em vigor, como são revogadas ou anuladas, dentre outras disciplinas. (ROSS, 2007, pp. 104; 129-130).

Se por um lado uma doutrina das fontes do direito legislado não apresenta grandes dificuldades, o contrário acontece quando se trata de um sistema não legislado, onde há predominância da jurisprudência e dos costumes. (ROSS, 2007, p. 103).

Em grau ainda maior de complexidade aparece a fonte identificada por Ross como razão. Trata-se da criação a partir das atitudes culturais fundamentais, valorações e padrões e que aparece especialmente no período que sucede a uma revolução. À míngua de uma disciplina normativa expressa, o juiz deve recorrer, nesse caso, ao que se chama de “consciência revolucionária”, como no caso da implantação da ideologia marxista após a revolução bolchevique. (ROSS, 2007, p. 130).

Ross introduz, nesta altura, sua reflexão sob o método jurídico que consiste em descobrir os princípios ou regras que realmente norteiam os aplicadores do direito no trânsito da regra geral à decisão particular. O método jurídico designa essa atividade quando a operação de aplicar o direito se dá em sistemas não codificados. Quando a aplicação se dá no âmbito do direito legislado, a atividade é designada de *interpretação*. O trecho a seguir transcrito, da obra de Ross, é muito ilustrativo quanto às dificuldades de se estabelecer regras fixas de interpretação. (ROSS, 2007, p.136).

“Poderíamos adiantar que não é possível enunciar uma ideologia do método com a mesma precisão de uma ideologia das fontes do direito, especialmente no que diz respeito à interpretação do direito legislado. Regras fixas não podem ser formuladas. O máximo que se pode atingir é, digamos, um estilo de método ou estilo de interpretação. Diante disso, o grau de certeza das asserções concernentes à interpretação vigente é muito baixo. Assim sendo, como foi assinalado no parágrafo 9, os pronunciamentos teóricos referentes ao direito vigente confundem-se com diretivas de política jurídica. Portanto, é compreensível que muitos juristas não atribuam à sua interpretação o caráter de enunciados teóricos quanto a como aplicar o juiz o direito, mas sim o de conselhos e instruções ao juiz a respeito da forma como deve fazê-lo. É indubitável, contudo, que inclusive um jurista cuja intenção é político-jurídica se deixa guiar, consciente ou inconscientemente, pelo estilo ou espírito do método que realmente é vigente nos tribunais”. (ROSS, 2007, p.136).

Essa situação é facilmente verificável na prática do judiciário. Ou seja, uma predominância da interpretação levada a efeito pelos tribunais naquelas desenvolvidas pelo juiz ou mesmo presente nos arrazoados dos advogados, até mesmo como estratégia para diminuir os riscos de os tribunais não confirmarem aquela decisão em um possível recurso. (ROSS, 2007, p.136).

Muito embora não seja de todo possível estabelecer com precisão uma metodologia de interpretação, resta bastante claro o fato de que não se pode adotar providência semelhante numa interpretação do direito não legislado e no direito legislado. No primeiro caso, o método consiste em extrair uma regra geral dos precedentes e aplicá-la ao caso concreto a decidir. Contudo, a regra geral aplicável aos precedentes pode ter sido alterada ou modificada em razão do tempo, ou mesmo não se ter situações idênticas já julgadas para serem tomadas como parâmetros. (ROSS, 2007, p.136).

De acordo com Ross, nesse caso o raciocínio se dá pela via de exemplos, focando a argumentação nas semelhanças e diferenças visando à decisão no caso concreto. Já no sistema codificado o método consiste realmente numa interpretação e o raciocínio busca alcançar o significado da lei, com foco nas formulações linguísticas. (ROSS, 2007, p. 138).

Deixando de lado a interpretação no sistema dos precedentes, Ross passa a identificar alguns problemas na interpretação, começando pela semântica. A letra do texto tem um significado que nem sempre confere com a sua substância física. Esse significado é representado ante aquele que olha para a palavra. Seus caracteres podem designar ou apontar para algo que é distinto. É muito comum existirem coisas com funções simbólicas, tais como letras que designam elementos químicos: H= hidrogênio, ou mesmo distintivos indicando o grau de uma autoridade militar. No entanto, estes símbolos são convencionais. A palavra gato representa um animal doméstico que mia pelo fato de que sobre isto foi instituída uma

convenção. “O significado atribuído aos símbolos linguísticos é determinado pelos costumes da comunidade referentes às circunstâncias nas quais se considera adequado emitir certos sons” (ROSS, 2007, p. 139).

Ora, sendo o costume, ou norma linguística o ambiente de construção dos símbolos, é possível descobri-lo pelo estudo das expressões linguísticas, ou seja, do modo pelo qual as pessoas se expressam. Considerando que a comunicação linguística se dá entre os seres humanos dessa forma, os significados das expressões devem ser o ponto inicial no estudo da função simbólica da linguagem. Ross chama a atenção para a importância de se considerar uma “expressão linguística”, pois as palavras isoladas às vezes nada dizem. Portanto, uma expressão é uma unidade linguística. (ROSS, 2007, pp 144-145).

Para alcançar o significado das expressões há que se reportar ao contexto, pois este mostrará a referência com a qual a palavra tem sido usada em cada caso individual. Não é demais frisar que uma mesma expressão poderá ter significado diferente num e noutro contexto. Por outro lado, conforme pondera Ross, a maioria das palavras “não tem um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob forma de uma zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza”. Por isso, sintetiza: a) o significado possível de toda palavra é vago; seu campo de referencia possível é indefinido; b) a maioria das palavras é ambígua; c) o significado de uma palavra é determinado de modo mais preciso quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida; d) o significado de uma expressão é determinado de forma mais precisa quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada, ou seja, considerando o contexto e a situação na qual a palavra aparece. (ROSS, 2007, p. 139).

Há, ainda, os problemas considerados lógicos que se referem às relações entre uma expressão e outra dentro de um contexto. Os problemas mais frequentes são identificados como *inconsistências, redundâncias e as pressuposições*. A inconsistência ocorre quando se imputa efeitos jurídicos diferentes em situações iguais. Elas podem surgir em razão de incompatibilidade de regramentos dentro de uma mesma norma ou em duas normas e também pode referir-se à incompatibilidade entre norma anterior e norma posterior e, ainda, em relação a uma regra geral e uma especial. (ROSS, 2007, pp. 157-163).

Em relação à nossa legislação, penso eu, essas dificuldades não são tão significativas em razão de que o próprio sistema já indica critérios que eliminam essas contradições.

Quanto à redundância, ou problema enfrentado no ato de interpretar, Ross informa tratar-se da situação em que uma norma estabelece um efeito nas mesmas

circunstâncias fatuais para as quais outra norma já estabeleceu. Quanto a esse problema não há uma solução definitiva e mecânica. (ROSS, 2007, pp. 157-163).

Nesse aspecto não resisti ao impulso de tecer algumas considerações sobre a ocorrência de sobreposição de normas incidentes na mesma situação fática. O legislador brasileiro adotou um artifício interessante ao conceber uma diferenciação na natureza de certos ilícitos, adotando o critério da qualificação em razão da área do direito aplicável ao caso. Tem-se a ideia de ilícito civil, ilícito administrativo e ilícito penal. Pelo mesmo fato um agente público pode sofrer sanções repetidas na esfera administrativa, civil e penal. A ideia que transparece é a de que o argumento encerra um artifício, uma vez que a classificação do direito de acordo com os setores de sua aplicação sempre foi tratada como uma medida de cunho didático, muito mais para facilitar o estudo do que propriamente dispor sobre regramentos diversos.

Ainda que essa classificação não seja tão somente didática, não é difícil perceber que, por vezes, a incidência de mais de uma norma sobre um mesmo fato e do seu sancionamento traz dificuldades aos operadores do direito e certa incompreensão ou perplexidade naqueles que sofrem a ação judicial.

Adoto como exemplo bem específico, os ilícitos tratados na Lei de Improbidade Administrativa, n.º 8.429/92, em face do Dec. Lei 201/67, da lei 8.666/93 e, por fim do Código Penal. O mesmo ato ilícito tipificado no Dec. Lei 201/67, como crime de responsabilidade, aparece na lei 8.429/92, como improbidade administrativa e no código penal, como crime.

Para aliviar a inegável redundância, boa parte da doutrina e os tribunais tem se manifestado no sentido de que a prescrição contida, por exemplo, como improbidade administrativa é ilícito civil, mesmo quando impõe a suspensão de direitos políticos e a perda de função pública. Essas mesmas sanções estão presentes no código penal e nas sanções administrativas impostas aos agentes públicos. Nesses casos transparece o absurdo de se conceber que a violação de um dever de probidade não é visto em relação ao bem público que mereceu a proteção, mas em relação aos diversos ramos do direito. A sanção decorreria, no caso, mais pela violação do direito administrativo, do direito civil ou do direito penal, por si só, do que em relação ao desfalque ou ato reprovável sobre vários aspectos cometidos pelo agente público. Seria o mesmo que defender a existência de um “direito subjetivo da legislação”.

Na abordagem sobre a administração da justiça Ross registra uma importante constatação. O ato de julgar encerra uma atividade prática. É também um processo

cognitivo, pois que necessita conhecer e interpretar as regras a serem aplicadas. No entanto, isto não retira a natureza prática de uma decisão, até porque é esse resultado que será sentido e aceito socialmente. Nessa altura da investigação de Ross ele se distancia do positivismo, chegando inclusive a ponderar que o quadro que exterioriza o papel do juiz no positivismo “não se assemelha em nada com a realidade”. (ROSS, 2007, p. 167).

Adverte Ross que esse quadro “é equívoco e a interpretação nesses termos não conduz a nenhum resultado certo”. No caso, o juiz terá que empreender escolhas e estas escolhas envolvem valoração. Assim, a sua interpretação é um ato construtivo e não de puro conhecimento e seus motivos não se circunscrevem ao desejo de acatar uma diretiva. Como ser humano o juiz está sujeito às incursões morais de sua formação, seus ideais, posturas e padrões, aos quais se chama de *tradição cultural*. (ROSS, 2007, p. 174)

Concluindo, Ross enfatiza que a administração da justiça resulta de uma interpretação cognitiva e de uma atitude valorativa da consciência jurídica onde residem *postulados político-jurídico-morais*. (ROSS, 2007, p. 181-184).

Assim, a interpretação e aplicação da lei não consistem em uma operação mecânica, numa mera atividade intelectual. Está enraizada na personalidade total do juiz. (ROSS, 2007, p.183).

Invocar justiça, em outras palavras, é interromper o entendimento. Para Ross, é impossível ter uma discussão racional com quem apela para a justiça, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. “A ideologia de justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses. Apelar para a justiça é usar uma arma eficiente do ponto de vista ideológico. (ROSS, 2007/320)”.

De acordo com Ross, não é possível conceber a ideia de justiça no sistema jurídico. Ela se resolve na aplicação correta da norma, de uma aplicação não arbitrária. A justiça não se presta para qualificar a norma. Considerar uma norma injusta envolve uma expressão emocional. (ROSS, 2007/320).

Ross adverte que há conexão entre o direito vigente e a ideia de justiça, na medida em que se pressupõe que a norma jurídica seja formulada utilizando-se de critérios objetivos, criando a possibilidade de a norma existir de forma autônoma em relação ao juiz que a aplica. Isto se deve à exigência de que o direito, como ordem social, é diferente dos fenômenos morais individuais. (ROSS, 2007, p. 327).

A racionalidade que se caracteriza pela previsibilidade e pela regularidade é indispensável à existência de uma ordem jurídica. (ROSS, 2007, p. 327).

Como afirma Ross:

“Isto pressupõe que é possível interpretar as ações humanas como um todo coerente de significados e motivações e prevê-las. Nesta medida, a ideia de justiça – no sentido de racionalidade e regularidade – pode ser qualificada como constitutiva do conceito de direito”. (ROSS, 2007, p. 327).

Este ponto da obra de Ross é singularmente importante para compreender a sua máxima de que o direito sobressai da decisão judicial. Percebe-se que sua afirmação não é um voto de absoluta crença numa iluminação superior do juiz. Pelo contrário, a previsibilidade, a regularidade decorrentes de um mínimo racional, fazem da decisão do juiz um ato bastante próximo do que estabelece a norma. (ROSS, 2007, p. 327).

Ross aponta o que identifica como *conflito dialético* entre duas tendências opostas: a tendência à generalização e à decisão conforme critérios objetivos e, por outro lado, a tendência à individualização e à decisão conforme valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica. Na administração de justiça este conflito aparece entre a interpretação restrita e a interpretação livre do direito. Na legislação revela-se o conflito no grau de liberdade que se dá ao juiz. Ou seja, definindo normas absolutamente abertas deixando uma vasta liberdade para o juiz no ato de decidir, ou, por outro lado, a legislação autorizando o juiz, de forma franca, mesmo dentro de certos limites, a tomar uma decisão. (ROSS, 2007, p. 328).

Aponta Ross, contudo, como dificuldade para esse método, o desenvolvimento social em descompasso com a evolução da legislação, ou seja, certa distância entre o direito legislado e a realidade social. Nesses casos, começam a aparecer as decisões por equidade, numa apreciação intuitiva da situação concreta. Essa consequência vulnera a previsibilidade e a regularidade antes citadas como elementos da racionalidade jurídica. Voltando à alegoria do jogo de xadrez, cujas regras dão sentido ao jogo e o tornam compreensivo e previsível, o direito também deve conter essas virtudes. Sem a ocorrência destes elementos a própria segurança jurídica resta mitigada. (ROSS, 2007, p. 173).

Pode-se afirmar algumas conclusões envolvendo o realismo incorporado por Alf Ross: a) Verifica-se uma predominância da decisão do juiz como fonte por excelência do direito; b) na aplicação da norma o juiz faz uma operação que o leva da observação do fato para a norma e não o inverso, como sugere o positivismo puro; c) o direito não é visto como algo que deva ser. Pelo contrário, sendo fato, é o que é; c) o direito é aquilo que é ditado pelo juiz, ou seja, aquilo que na prática faz e, não, aquilo que a fundamentação de sua decisão diz

que faz. As normas referidas pelo juiz na justificação de sua decisão, na verdade, apenas “escondem” a sua real decisão. (ROSS, 2007, p. 174)

A ideia de justiça está relacionada com a aplicação da norma ao caso concreto da forma mais correta possível, dentro de uma margem de normalidade que garanta à sociedade perceber, dentro de um juízo de previsibilidade, como comportam os juízes diante dos fatos que lhes são levados. A regularidade e previsibilidade são elementos da racionalidade e garantem uma maior segurança jurídica, servindo de “norte” para as ações humanas. (ROSS, 2007, p. 327).

2.3 Eros Grau

Eros Grau introduz o tema proposto em sua obra discutindo, inicialmente, o que se tem entendido costumeiramente sobre interpretação, afirmando que essa não significa tão somente compreender o significado das normas. Se reduzida à interpretação, a tão somente descobrir o sentido da norma, a atividade só seria empreendida quando houvesse ambiguidade ou imprecisão no texto da norma. (GRAU, 2005, p. 23).

De acordo com o autor, a identificação da atividade de interpretar com o esclarecimento ou descoberta do significado da norma dá ênfase exagerada ao pensamento do legislador, na busca do sentido que ele pretendeu dar à norma, ou ainda, em que circunstância tais normas foram elaboradas. (GRAU, 2005, p. 24).

Ao conceber a interpretação como uma atividade tão somente de compreender o significado da norma, estar-se-ia a ignorar a realidade ou contexto fático do momento de sua interpretação. Ou seja, se é fundamental descobrir o significado da norma tão somente em seu texto, ao aplicá-la o intérprete estará ignorando o tempo e os fatos presentes, comportamento que distanciará, portanto, a incidência da norma no caso concreto, desconsiderando-se qualquer valor prático e utilitário no ato de interpretar. (GRAU, 2005, p. 24).

Partindo, então, desta crítica, Grau conclui que o interprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos. Sua atividade, portanto, não põe os olhos tão somente no texto da norma, mas, no texto e nos fatos, de tal forma que estes pesam de maneira determinante na produção da norma aplicável. (GRAU, 2005, 24)

Cotejando o texto normativo com os fatos e elucidando aquele à luz da realidade destes, o interprete não apenas declara o que descobre, o que compreende. Prosseguindo, o intérprete produz, então, uma norma. Em outras palavras, ele cria normas. (GRAU, 2005, p. 24). O interprete desenvolve um *iter* que caminha da compreensão do texto

e dos fatos, no que transporta o texto do tempo de sua elaboração para o tempo de sua aplicação, e com isto, cria uma norma aplicável ao caso concreto. Daí, criada a norma jurídica, segue-se sua aplicação, culminando na criação de uma norma de decisão. (GRAU, 2005, pp. 25-26).

Eros Grau aponta diferenças entre *texto normativo*, *norma jurídica* e *norma de decisão*. Em sua opinião a interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições e preceitos – em normas. Conclui, assim, que a norma resulta da interpretação. (GRAU, 2005, 27) em suas palavras:

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potencial, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais (Zogrebelsky)(GRAU, 2005, 27)

Nesse ponto Eros Grau aproxima-se do pensamento de Alf Ross, para quem o direito é, na verdade, aquilo que diz ser o juiz. A norma é uma diretiva para o Juiz e o direito decorre do ato interpretativo que se perfaz no comando da decisão judicial.

Diante das ponderações de Ross sobre o direito e o fato social e sua afirmação de que o fato social precede a norma, e essa dele se serve para assumir-se como tal na ordem jurídica, torna-se inegável o grande vínculo existente entre as obras dos dois autores. (ROSS, 2007, p.59).

Eros Grau adverte que a atividade de interpretação também é feita parcialmente por intérpretes não investidos do poder-dever de aplicá-la ao caso concreto. Nesse caso, tem-se uma interpretação incompleta, que vai do texto da norma até a norma jurídica. Mesmo a descoberta da norma no âmbito do texto da norma não perfaz por inteiro a atividade de interpretação. Essa se concretiza quando a norma jurídica é aplicada ao caso concreto e produz uma decisão (GRAU, 2005, p. 29). Nas palavras de Grau,

Partindo do texto da norma (e dos fatos) alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados.

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que a

interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização; essa é a derradeira etapa daquela. (GRAU, 2005, 29).

Em outras palavras, Grau reforça sua ideia sobre a criação do direito por meio da decisão judicial, na qual consta uma norma de decisão. Muito embora assim se manifeste reiteradamente no curso da obra, o autor ressalta que o interprete não fabrica a norma, uma vez que essa já está no invólucro do texto normativo e na substância dos fatos. Ao utilizar o texto normativo e os fatos para lapidar a norma de decisão o intérprete lança mão de elementos do “ser” – contidos nos fatos e do “dever-ser”, contidos na norma. Portanto a norma de decisão é uma simbiose de texto e fato; de *ser e dever-ser*. (GRAU, 2005, p. 32).

Nesse discurso, Grau promove uma igualdade conceitual entre interpretação e aplicação. Na medida em que afirma depender a interpretação, para sua plenitude, de se concretizar na adequação aos fatos, num dado caso concreto a atividade de interpretar para Grau, assemelha-se à própria aplicação da norma, ou seja, interpretar é igual a aplicar o texto da norma ao caso concreto. Diz o autor:

O interprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação (Gadamer). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Mari). Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário (Gadamer), superpondo-se. (GRAU, 2005, p. 34).

Isto porque, pondera:

O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen (da moldura da norma) é o fato de que a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele: ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito. Por isso inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos. (GRAU, 2005, p.36).

Continuando seu discurso sobre a relação fato-norma e a irrenunciável atenção devida aos dois objetos da interpretação, Grau intensifica sua reflexão e pondera sobre a pré-compreensão dos fatos. Em sua opinião os fatos têm a sua realidade (verdade intrínseca) alterada pela pré-compreensão do intérprete. De forma que eles não são, fora do relato que os correspondem, o que são. Há um comprometimento da realidade dos fatos com o seu relato. (GRAU, 2005, pp. 37-42). O compromisso relato-fato,

é comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade; o que descrevemos é o nosso modo de ver a realidade. Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determinada o nosso pensamento e, (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (nosso lugar no mundo desde o qual pensamos). (GRAU, 2005, pp. 37-42).

Dá-se, assim, nas palavras do autor, algo parecido com a interpretação musical. Vários músicos interpretam (executam) uma peça musical com alterações ligadas ao gosto e atributos pessoais, sem, contudo, deixar de ser uma interpretação da mesma peça. Segue, na interpretação de cada um o seu estilo pessoal, as influências que certamente tenha recebido em sua formação, na composição de seu estilo. Essa constatação leva o autor a negar a existência de uma única resposta correta para o caso jurídico, mesmo que o intérprete deva estar vinculado, por meio dos princípios, a um sistema jurídico. Não há uma única verdade, ou melhor, uma única resposta verdadeira. (GRAU, 2005, p. 39).

Mais ainda quando se vê que a reflexão hermenêutica propiciou a superação da fase lógica com sua técnica de subsunção, operação que reduzia o interprete a um técnico de precisão que atuava matematicamente na procura da verdade a partir do mecanismo lógico.

Eros Grau pondera que isto não mais se dá pelo fato de que a compreensão escapa ao âmbito da ciência. “Compreender é algo existencial, consubstanciando, destarte, experiência”. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo – um objeto – que não pode ser conhecido independentemente de um sujeito. (GRAU, 2005, p. 41).

No desenvolvimento desta ideia, Grau afirma ser o direito uma prudência. E, como tal, exige-se um saber prático. De modo que, tanto quanto conceituar, o que é próprio do conhecimento científico, exige-se, também noções que decorram do conhecimento prático, da historicidade do sujeito. Daí constituir a interpretação o resultado de uma experiência conflitual do intérprete que é refletida na sua decisão (GRAU, 2005, p. 41).

Lembro a observação de Frosini: a decisão judicial considera e é determinada pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitivas e imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade; finalmente, pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política.

E mais: o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. O direito é contemporâneo à realidade (GRAU, 2005, 42).

Muito embora Eros Grau critique a interpretação tradicional dirigida por métodos, uma vez que, em sua opinião, eles se mostram incapazes de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido e, também pelo fato de servirem, em muitos casos, como mecanismos de justificação para legitimar resultados predeterminados pelo próprio interprete, observa, por outro lado, que a “prudência recomenda seja a interpretação adequada a algumas pautas”, como segue: (i) a interpretação do direito deve ser no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito e (iii) a terceira, aos princípios (GRAU, 2005, p. 43).

Deve-se interpretar o direito sistematicamente. O autor chama este processo de percorrer o caminho que se “projeta a partir do texto até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum” (GRAU, 2005, p. 44).

As normas-objetivo consubstanciam instrumentos de governo. Assim, o direito ao ser operacionalizado, tem em vista a implementação de políticas públicas. Tanto a finalidade como os objetivos destas políticas são estabelecidos em textos normativos, ou normas-objetivo ou, ainda, normas-programa. Essas normas, no âmbito do sistema normativo, acabam por positivar os fins nelas estabelecidos, dando segurança para uma interpretação teleológica (GRAU, 2005, p. 45).

Antes de adentrar a reflexão sobre os princípios propriamente dita, o autor tece algumas ponderações sobre a banalização, por boa parte da doutrina, do que sejam realmente princípios, citando como exemplo disto a afirmação de que proporcionalidade e razoabilidade seriam princípios, quando para o autor, não passam de “pautas” normativas. (GRAU, 2005, pp. 45-46).

Prosseguindo, o autor passa a expor sobre o que entende por princípios, destacando uma diferença entre princípios do direito e princípios de direito, classificando estes últimos, inicialmente em (i) princípios explícitos – os recolhidos no texto da Constituição; (ii) os implícitos – inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos infraconstitucionais; (iii) princípios gerais de direito, estes também implícitos no que chama de direito pressuposto⁴, o qual antecede o direito posto, positivado. (GRAU, 2005, p. 46).

⁴Para o autor, o direito pressuposto brota da sociedade, independentemente da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica pode modificar as condições que o geraram. Isto implica dizer que o legislador não está livre para criar qualquer direito posto, pois, este é condicionado pelo direito pressuposto que o legitima, mesmo a despeito de poder ser por este último modificado (GRAU, 2011, p. 58)

Isso permitirá a perfeita compreensão de que os princípios gerais de direito – princípios implícitos, existentes no direito pressuposto – não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior. É imperioso que isso fique muito claro, para que nenhuma dúvida a respeito possa ser levantada: esses princípios, se existem, já estão positivados: se não for assim, deles não se trata. (GRAU, 2005, p.47).

Vê-se que o autor sustenta a ideia de que os princípios de direito são inerentes a cada direito, posto que, no seu entender, não há transcendência de princípios, ou seja, aqueles constantes no direito pressuposto de certa sociedade são próprios dessa sociedade. Para fugir de uma concepção no campo do direito natural, o autor observa que estes princípios não são descobertos fora do ordenamento uma vez que jaz no direito pressuposto desta dada sociedade. Eles estariam, portanto, “positivamente” no bojo do direito pressuposto. (GRAU, 2005, p. 48).

Os princípios gerais do direito não constituem criação jurisprudencial; e não preexistem externamente ao ordenamento. A autoridade judicial, ao tomá-los de modo decisivo para a definição de determinada solução normativa, simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os. Eles são, destarte, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são – repito-o-justamente porque nesse mesmo ordenamento (isto é, no interior dele) já se encontravam, em estado de latência. (GRAU, 2005, p. 48).

Arremata afirmando que todos os princípios – os explícitos e os implícitos – constituem norma jurídica. Nesse caso, princípios seriam espécies de normas, como são também as regras. (GRAU, 2005, p. 49).

O autor não admite a ideia de contradição ou oposição entre princípios. Em sua opinião há realmente uma tensão entre princípios, mas isto é próprio do sistema jurídico. Na verdade, o que seria contradição entre princípios é, de fato, entre normas. Essas são concreções dos princípios. Portanto, entre princípios e regras jamais podem ocorrer antinomias.

No que tange, contudo, aos princípios, quando dois são confrontados, na verdade as regras que dão concreção a um e outro é que são cotejadas e afastadas são, da aplicação, aquelas cujo princípio que concretizam, num dado caso concreto, deva ser rejeitado. Dar-se-á, então, a perda da eficácia da regra em relação à situação que suscitou o conflito. Assevera que a regra que perde a eficácia – seria melhor afirmar que teve a eficácia suspensa – não perde a validade. Noutro caso concreto poderá ocorrer o inverso e a regra então não aplicada pode reaver, novamente, sua eficácia (GRAU, 2005, p. 53).

Esclarece o autor:

E o que torna tudo mais complexo, portanto mais belo: inexistente no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual deve ser desprezado.

Isso somente se pode saber no contexto do caso, de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. (GRAU, 2005, 53).

A escolha de qual princípio deva ser afastado não é absolutamente discricionária. Além da diretiva do próprio princípio, considerar-se-á, para a validade da seleção, o direito no seu todo, ou seja, desde o texto constitucional até os atos normativos mais simples, levando-se em consideração as questões linguísticas, sistêmicas e funcionais. (GRAU, 2005, p. 54).

Inobstante o exercício de cotejo de normas visar ao afastamento de um princípio em face de outro, não se pode descurar do fato de que são exatamente os princípios que, em última análise, dão sustentação às escolhas. Enfim, são os princípios que conferem coerência ao sistema jurídico. (GRAU, 2005, p. 54).

A partir desta compreensão o autor refuta a discricionariedade judicial. No seu entender o juiz não produz norma livremente, pois, sua função estará sempre nos lindes da legalidade. A liberdade para interpretar não prescinde dos parâmetros de constitucionalidade e legalidade. E, a decantada discricionariedade não incide senão no campo da conveniência e da oportunidade que operam num ambiente de *indiferentes jurídicos*. (GRAU, 2005, pp. 57-58).

Quanto a isto afirma o autor:

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.

O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.

Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos (GRAU, 2005, 58).

Não resta dúvida que para o autor a força normativa do direito e – não apenas da Constituição, mas de todo o sistema, incluindo a legislação infraconstitucional – somente se mantém enquanto em sintonia com a realidade social. Vale lembrar aqui que o autor faz significativa distinção entre texto normativo e norma jurídica. Essa se concretiza a partir da compreensão do texto e dos fatos. A norma jurídica é o texto interpretado à luz dos fatos. (GRAU, 2005, p. 58).

Portanto, o texto normativo é retroalimentado pelo discurso normativo, marcando o compasso de sua evolução e inovação. Seria o que alguns doutrinadores chamam de “culturologia jurídica”.

Nesse ponto percebe-se uma grande aproximação de Eros Grau do realismo de Alf Ross e, porque não, de Hart, os quais afirmam que o direito tem sua fonte primordial no fato social. O direito é um fenômeno social e é determinado pela realidade. Sua vigência, no caso de Ross, e validade, em Hart, dependem do assentimento, de sua dormência no consciente dos cidadãos. Em outras palavras o direito, só o é, de fato, quando serve para interpretar, também, a complexa relação social. Ele serve à compreensão da realidade social e é, por meio dela, interpretado (GRAU, 2005, pp. 58-60).

Toma corpo assim, cada vez mais – e nisto se aproxima, também, do realismo dos autores acima destacados – a ideia de que a interpretação é constitutiva do direito. A lei, na verdade, é o que o intérprete diz ser, sobretudo quando se está a referir ao intérprete autêntico que, para Eros Grau, é o juiz, o que tem poder para aplicá-la ao caso concreto com a finalidade de obter uma solução. O autor sustentando-se em Müller, afirma:

O texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito (o preceito jurídico é uma matéria jurídica que precisa ser trabalhada).

Inicialmente caminhamos no texto da norma até a norma jurídica. Em seguida caminhamos da norma jurídica à norma de decisão, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a concretização da norma, ou seja, mediante a produção de uma norma jurídica geral, no quadro da solução de um caso determinado (GRAU, 2005, p. 77).

Considerando que em sua opinião o juiz decide no âmbito da norma (norma jurídica como decorrência da interpretação do texto) e não do texto, Grau deixa ainda mais clara a sua convicção de que o direito, em verdade, é aquilo que a decisão judicial diz ser.

Essa análise fica bastante evidente nas ponderações que faz sobre a semelhança entre interpretação e aplicação. Para Eros Grau interpretação e aplicação são atividades concomitantes e não autônomas. A interpretação, em suas palavras, consiste em concretar a

lei em cada caso, isto é, em aplicar a lei em cada caso concreto. Retirando-se a aplicação da cadeia interpretativa não se terá mais uma interpretação completa. (GRAU, 2005, p. 90).

A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção. No silogismo subsuntivo, a premissa maior é o texto normativo; a menor, os pressupostos de fato e a consequência jurídica. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não conforme à lei (GRAU, 2005, p. 92).

Nesta altura da abordagem Grau vê a necessidade de refletir sobre a interpretação tida como autêntica que é a que decorre do órgão investido desta função, da interpretação científica, ou da ciência do direito, feita pela doutrina, advogados estudiosos, os quais, na opinião do autor, apenas promovem uma *determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas*.

Essa diferença, aponta, é feita por Kelsen. Diz Eros Grau:

Kelsen (1979-469 ss), distingue a interpretação autêntica, feita pelo órgão estatal aplicador do direito, de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica. Será bem útil à melhor compreensão do quanto linhas acima afirmei rememorarmos essa distinção, como enunciada por Kelsen.

A interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. É este o ato de vontade (a escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela cria direito tanto quando assuma a forma de uma lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito, crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção.

As demais interpretações não criam direito. Quando os indivíduos querem observar uma norma que regule sua conduta, devem fazer uma escolha; mas essa escolha não é autêntica, isto é, não cria direito – não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica. Também a interpretação feita pela ciência jurídica não é autêntica; é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas; não é criação jurídica (GRAU, 2005, p. 96).

Afirmando, já de início que *compreensão é experiência*, Grau entende que a interpretação se desenvolve a partir de pressuposições. A compreensão escapa ao âmbito da ciência; é algo existencial e se dá como compreensão do ser. É, portanto experiência. Direito é ato e só pode ser conhecido conhecendo-se, também, o sujeito do ato. (GRAU, 2005, p. 111)

É necessário dizer, ainda, que a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido – os textos normativos, no caso da interpretação jurídica –, e esse objeto interpõem-se os mundos da cultura e da história. Por isso o saber jurídico há de ser concebido

como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo. (Costa Leal 2.000: 134) (GRAU, 2005, p. 111).

Há um diálogo vivo entre o intérprete e o texto. Ao dar voz ao texto, ao impregná-lo de suas sensações, o intérprete projeta sua compreensão, abrindo-se para o texto. Nesse exercício estabelece-se um círculo no qual a abertura do intérprete para o texto (operando-se a compreensão) permite que este se adeque diante de situações perante e para as quais se processa a interpretação. Citando Habermas, Grau afirma que uma norma sempre registra seletivamente uma situação complexa do mundo da vida sob os pontos de vista que ela determina como relevantes. (GRAU, 2005, pp.111-112).

Essa seleção, contudo, não retira os conteúdos de indeterminação semântica de uma norma geral. Ao contrário, faz com que possam atuar ou advir seletivamente. Identificando isto com o que chama de “problema metodológico” esclarece Grau:

A hermenêutica propõe um modelo processual como solução para tal problema. A interpretação começa por uma pré-compreensão valorativamente conformada que estabiliza uma relação anterior entre norma e circunstâncias e abre o horizonte para posteriores conexões relacionais...Essa pré-compreensão dirige a reconstrução das conexões relacionais entre normas e circunstâncias à luz de princípios historicamente provados. A racionalidade de uma decisão, em última análise, deveria ser mediada pelos padrões decorrentes dos costumes que ainda não se condensaram em normas, ou seja, pelos *jurisprudente ellen Weisheiten* que correm à frente do direito.

A indeterminação de um processo circular de compreensão, o círculo hermenêutico, pode ser gradualmente reduzida mediante a referência a princípios. Esses princípios, no entanto, só podem ser legitimados a partir da efetiva história dessas formas de vida e de direito nas quais os juízes contingencialmente se encontram (GRAU, 2005, p. 112).

Ponto importantíssimo das reflexões de Eros Grau, nesta obra, é o que se refere à atualização do direito como resultado da interpretação. Como visto acima, suas ponderações ficam muito próximas da ideia de integralidade de Dworkin, para quem o direito, em constante atualização, é o resultado da interpretação como atividade que se liga a algo já concretizado e definido como adequado, agregando elementos do intérprete, à luz da realidade presente, de forma que o direito seja sempre atual, sem perder a coerência e sem sofrer qualquer ruptura abrupta. (GRAU, 2005, 120).

Obviamente essa referência não pode omitir o fato de que para Dworkin o intérprete não cria direito e nesse ponto difere de Eros Grau. (DWORKIN, 2007, pp. 292, 293)

Todo texto pretende ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Isto – observa Marí (1191:243)- e a afirmação, de Gadamer, de que compreender é aplicar constituem o anverso e o reverso de uma mesma medalha (GRAU, 2005, p.120).

O autor elabora uma alegoria da interpretação no âmbito do direito com a interpretação musical. Afirma:

Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: A pastoral regida por Toscanini, com a Sinfonia de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas. Mais do que isso ocorre, pois se altera, no tempo, o “modo de ouvir” a música, e – paradoxalmente – a interpretação, hoje, sob a regência do próprio Beethoven, da Sexta Sinfonia não seria tida como correta. (GRAU, 2005, 122).

Com essas ponderações o EX-MINISTRO do STF introduz o tema das ideologias de interpretação e a relação destas com a atualização do direito. Com apoio em Wróblewski(1958:72) afirma a existência de dois tipos principais de ideologia de interpretação jurídica. O primeiro diz respeito à visão que se tem da norma jurídica como uma realidade estática. Os valores nela contidos são estáticos e imutáveis. A certeza e ou a segurança jurídicas são garantidas pela imutabilidade do próprio direito. O direito, assim, é obra do legislador e somente este poderá determinar sua alteração. A vontade do legislador deve ser observada e preservada, com predominância de uma metodologia sistêmica e linguística em detrimento da metodologia funcional do direito. Se é possível conferir alguma funcionalidade ao direito, essa deve reportar-se ao tempo da elaboração da norma e ater-se a uma possível função visualizada pelo legislador. (GRAU, 2005, p. 122).

O segundo tipo considera a interpretação como uma atividade que atualiza o direito e adapta-o às necessidades presentes e futuras da vida social. Denomina essa ideologia de *dinâmica*, destacando-se que a mesma leva em conta a vida social que corresponde ao contexto funcional das normas jurídicas. De forma que, nesse quadro, a interpretação é uma atividade criadora de direito, na medida em que as normas são determinadas pela interpretação e não pelo texto. (GRAU, 2005, p. 123).

Sustentando-se em Canotilho, segue sua abordagem, também de dois tipos, assumidos perante a Constituição:

A primeira – adotada por aqueles que optarem por concepções ideológicas e políticas substancialmente diferentes das mensagens ideológicas consagradas na Constituição – conduz à eleição de fundamentos interpretativos que lhes permitam vulnerar, direta ou indiretamente, a estrutura normativa constitucional.

A segunda – adotada por aqueles que guardam sintonia com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da sociedade, que a Constituição contempla – exercita um *prudente positivismo*, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional. (GRAU, 2005, p. 123).

Estando já, nesta altura, no âmbito da discussão da interpretação da Constituição, reiterando o prudente ensino de Canotilho no sentido de que a ideologia tem seu lugar na conformação política e jurídica que a sociedade dá à sua Constituição. Portanto, a interpretação carregada de ideologia há de ser coerente com os princípios eleitos no texto constitucional. Não há, também aqui, uma discricionariedade tal que o interprete pudesse dela usufruir para impregnar com suas concepções ideológicas diferentes das consagradas na Constituição, a sua atividade de interpretação. (GRAU, 2005, pp. 123-124).

Pode-se dizer, à luz de reiteradas interpretações da própria Constituição de maneira conflitante, em razão da excessiva liberdade interpretativa que julga ter o interprete autêntico: um pouco de positivismo não faz mal a ninguém.

O autor aplica ao tema da interpretação constitucional praticamente o mesmo entendimento que manifesta sobre a interpretação do direito. A Constituição, assim, contém um *discurso do texto normativo* e um *discurso normativo*. Tanto quanto a norma subalterna, no discurso do texto normativo há uma abertura para a inovação e essa ocorre exatamente no momento de sua transformação em texto normativo. A atualização da constituição ocorre, então, na atividade interpretativa. (GRAU, 2005, p. 279)

A Constituição deve refletir o dinamismo da vida político-social. Pondera Eros Grau:

O interprete da Constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a constituição do povo ao qual ela corresponde, ainda que em geral o faça sem plena consciência disso. A práxis da interpretação constitucional praticada pelo Poder Judiciário ocorre no plano da realidade político-social, no qual a separação entre a dimensão textual e a dimensão normativa da Constituição desafia a generalidade das exposições hermenêutico-jurídicas ancoradas na teoria da subsunção. Ainda que afirmá-lo desafie a doutrina e escandalize nossos constitucionalistas mais bem-comportados, o fato é que a Constituição Formal está sendo, enquanto norma, cotidianamente reelaborada, reproduzida. Adquire força normativa apenas na medida em que isso se dê. (GRAU, 2005, p. 282).

Com apoio em Ferdinand Lassalle, Hegel e Max o autor sustenta a convivência de uma Constituição formal, portanto, escrita, e que reflete o “dever-ser” na visão de um determinado povo e, por outro lado, de uma Constituição material, representada pelo “ser” deste mesmo povo. (GRAU, 2005, p. 280).

Tem-se, nesse caso, o estabelecimento de uma tensão entre a Constituição material, que se consubstancia na realidade social e dos fatos e a Constituição formal, que abriga certa ideologia concebida pelo legislador. Como visto anteriormente a interpretação que busca descobrir a vontade do legislador – portanto focada no texto normativo – nem sempre corresponde às demandas sociais (GRAU, 2005, p. 280).

Percebe-se, claramente, na exposição do autor, que a interpretação da Constituição é constitutiva de direito e não apenas declaratória. Na interpretação da Constituição expõe-se o “enunciado semântico do texto no contexto histórico do momento em que ela se faz, não no contexto da redação do texto” (GRAU, 2005, p. 279). A “viagem”, se dá do passado para o presente e não o inverso. O intérprete deve ser conduzido pelo movimento dos fatos e da realidade social. A atividade de interpretar transforma o texto normativo em discurso normativo, passa da dimensão textual para a dimensão normativa (GRAU, 2005, p. 281).

Bastante oportuna, dada a coincidência entre as lições, é a posição do Doutor José Emílio Medauar Ommati, docente na PUC Minas, em artigo científico⁵, referindo-se a Dworkin, no seguinte sentido:

Ainda de acordo com o autor (Dworkin) a parte normativa deve envolver não apenas o que as normas jurídicas postas significam, mas uma teoria moral, uma teoria filosófica, uma teoria da legitimidade das atuações dos poderes políticos, ou seja, a parte normativa da teoria jurídica está mesclada de pressupostos políticos, morais e filosóficos. (OMMATI, obra citada, p. 129).

Prossegue OMMATI, em Dworkin, afirmando:

Para Dworkin o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser. (OMMATI, obra citada, p. 133).

Considero importante no âmbito da abordagem da interpretação da Constituição, reportar a já mencionada necessidade de não se ater tão somente a dispositivos isolados para conferir-lhe interpretação, ou seja, de não se fazer interpretações tópicas sem o necessário cuidado com o ordenamento jurídico como um todo. Vista a conveniência desta cautela na interpretação de qualquer norma, muito mais relevante será observá-la por ocasião da interpretação da Constituição, até porque nos sistemas codificados, como o nosso, a sua coerência se dá mediante a indispensável sintonia das leis e normas em geral com a

⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. **Aproximação entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin e o Pragmatismo de Ludwig Wittgenstein.** Periódicos PUC Minas. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/.../2182. acesso em 05/09/2012.

Constituição. E, mesmo quando se trata de interpretar dispositivos da própria Constituição, uma abordagem sistêmica será sempre indispensável.

Nesse contexto, destaca-se a importância de se ater à finalidade do direito e ao fato já mencionado de que o mesmo comporta normas-objetivo. O direito tem sempre uma finalidade. (GRAU, 2005, p. 132). Daí o surgimento de normas-objetivo as quais dirigem a interpretação do direito, ou seja, “o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos” (GRAU, 2005, p. 133).

Visto o direito por este prisma mais oportunas se tornam as reflexões do autor sobre os princípios. É que, tomando o direito em seu aspecto funcional – vocacionado para uma finalidade – torna-se essencial para um dado ordenamento jurídico que essa finalidade ou finalidades possam ser sustentadas no tempo, haja vista que as aspirações e demandas sociais são dinâmicas. Nesta perspectiva, o autor introduz a importância dos princípios como elemento sustentador, não só da coerência, mas da longevidade dos textos normativos (GRAU, 2005, p. 139).

No futuro, quando o pesquisador da história do Direito Brasileiro se detiver sobre a Constituição de 1988 e, após, sobre as contribuições doutrinárias a partir dela desenvolvidas, por certo aí encontrará uma grande mudança de perspectiva – ou, como é da moda dizer, uma grande mudança de paradigma. Passa a prevalecer entre nós na última década do século o paradigma dos princípios (GRAU, 2005, p. 139).

Reforçando essa ideia o autor cita José Afonso da Silva e Paulo Bonavides para afirmar que a Constituição de 1988 é “essencialmente principiológica.” (GRAU, 2005, p. 139).

Para o autor, “em cada ordenamento jurídico subjazem determinados princípios. Cuida-se de princípios gerais desse direito – que, embora não enunciados em texto escrito, nesse ordenamento estão contemplados, em estado de latência.” (GRAU, 2005, p. 153).

Daí concluir Eros Grau sobre a importância dos princípios para a interpretação do direito e, em especial, da Constituição:

A interpretação do direito é (deve ser) dominada pela força dos princípios. Os princípios cumprem função interpretativa e conferem coerência ao sistema. É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprime à demonstração de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos. (GRAU, 2005, p. 207).

Muito embora os princípios sejam também objetos de interpretação, eles atuam como mecanismos de controle da produção de normas pelo intérprete, ainda que o próprio intérprete produza as normas – princípio. O princípio funciona como medida do controle externo da produção de normas. (GRAU, 2005, p. 210).

2.4 Hans Kelsen

A presente análise aborda tão somente o Capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, razão porque ocupa um espaço menor.

Para Kelsen, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior a um escalão inferior. (KELSEN, 1999, p. 245).

A hipótese mais comum de interpretação é aquela que procura descobrir o conteúdo da norma individual – no caso a sentença ou o ato editado numa atividade administrativa – deduzida da norma geral da lei. (KELSEN, 1999, p. 245). Há também uma interpretação da Constituição, tanto no processo legislativo como na edição de decretos e normas administrativas e uma interpretação feita pelo próprio indivíduo sobre a qual a norma deva incidir. (KELSEN, 1999, p. 245).

Conclui Kelsen, portanto, que existem duas espécies de interpretação que devem ser vistas de forma distinta: uma feita pelo órgão que aplica o direito, nesse caso a interpretação autêntica e a interpretação feita pela ciência jurídica. (KELSEN, 1999, p. 245).

Kelsen admite que há uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito ao caso concreto. No seu entender a norma de escalão superior mantém uma relação de determinação ou de vinculação com a norma inferior. Porém essa determinação nunca é completa. A norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução, o caráter de um “quadro ou moldura a preencher”. Ou seja, no ato de aplicar a norma o intérprete “preenche” as indeterminações sejam elas intencionais ou não. (KELSEN, 1999, p. 246). Em suas exatas palavras, Kelsen afirma que “o Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (KELSEN, 1999, p. 247).

Essa indeterminação pode ser consequência, ainda, da contradição que pode ocorrer entre duas normas contidas numa mesma lei. (KELSEN, 1999, p. 247).

Diante desta constatação, Kelsen afirma que o resultado de uma interpretação consiste em fixar a moldura que representa o Direito a interpretar e conhecimento das várias possibilidades existentes dentro desta moldura. Não há, portanto, uma única possibilidade ou solução possível apresentada pela norma. No entanto, o papel da interpretação jurídica – de que se ocupa a teoria do direito – vai tão somente até este ponto. A partir daí, seguem-se normas de outra natureza – não jurídicas, a saber, normas de moral, de política, de justiça. (KELSEN, 1999, p. 247).

A questão de saber que é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (KELSEN, 1999, p. 249).

De acordo com Kelsen a interpretação autêntica – aquela feita pelo órgão judicial – cria Direito. Assim, essa interpretação distingue-se de todas as demais, em especial a interpretação feita pela ciência jurídica. Essa é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas e não cria norma jurídica. Limita-se a estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica.

2.5 Visões pessoal e parcial

Essas ponderações representam, no meu sentir, instrumentos valiosos na interpretação da Constituição Brasileira de 1988, partindo da constatação de que a mesma comporta uma grande carga principiológica.

Demais disto, entendo, ainda, que a própria formulação de normas, princípios ou os mecanismos que deixam os rastros dos princípios permeando os textos normativos trazem, em si, as características político-ideológicas do momento. Muito embora os “momentos” mudem, como as cenas em um teatro, prevalecem as valorações ideológicas e políticas que subjazem na totalidade do ordenamento jurídico. Ou seja, mesmo as motivações políticas e ideológicas alteram-se e por isso mesmo influenciam o intérprete. Mas, o certo é que há sempre um conteúdo político e ideológico compondo a tessitura do ordenamento jurídico, seja ele o mesmo presente no momento da elaboração da norma, ou aquele presente no momento de sua interpretação. (GRAU, 2005, pp. 211-212).

Essas constatações permeiam a discussão e argumentação no âmbito da ADPF aqui analisada, mormente no que diz respeito à leitura do princípio da igualdade na

atualidade. De tudo que se pode ver nos argumentos no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental analisada um fato é inegável: há mais de uma interpretação possível, principalmente em relação ao princípio da igualdade. Não seria juridicamente equivocada uma decisão do STF em sentido contrário. Daí a atualidade das ponderações de Kelsen. O julgamento, muito embora tenha se fundamentado em interpretação inteiramente inserta na “moldura” da norma constitucional, não se constituiu imune de uma valoração moral, de equidade e, também, política.

A seguir, o estudo das Cotas Raciais, primeiramente no magistério doutrinário e, depois, em relação às manifestações das partes, interessados e dos Ministros do STF.

3 A COTA RACIAL NO MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO

O presente capítulo aborda algumas posições doutrinárias sobre as ações afirmativas tendentes a instituir medidas de igualação de tratamento e oportunidades entre brancos e negros, dando conta de que a preocupação com o tema não decorre tão somente dos fatos ensejadores da ADPF 186, aqui analisada. O debate ascende a períodos bem mais remotos, ainda que não especificamente em relação ao negro.

3.1 Posições contrárias às cotas raciais.

3.1.1 Demétrio Magnoli.

Urge esclarecer, de início, o grande espaço ocupado pela obra de Magnoli no presente trabalho, fato que se deve à extensão de suas abordagens e a riqueza de dados que oferecem.

O sociólogo, em sua obra “Uma Gota de Sangue”, rica em relatos e dados históricos, critica, com veemência, o modelo de política, que denomina de racista, implementado pelas autoridades políticas do Brasil.

Inicia sua abordagem à questão racial no mundo afirmando a quebra definitiva do paradigma científico de raça, mediante o qual se estabeleceu classificações diversas entre os povos, com resultados desastrosos para a humanidade. Muito embora não identifique o Darwinismo como elemento fundamental e primeiro na especulação sobre a classificação da humanidade em raças, registra a importância de Darwin para os estudos sobre a hierarquização das raças humanas, estabelecida em função de suas capacidades intelectuais e responsável pelas realizações econômicas e culturais. (MAGNOLI, 2009, p. 21).

Registra o autor, de início que:

A Biologia reconhece espécies monotípicas, nas quais todos os indivíduos fazem parte da mesma raça, e espécies politípicas, nas quais é possível identificar raças distintas. A espécie humana é monotípica: daí a impossibilidade, experimentada historicamente, de se alcançar uma classificação racial consensual. A genética provou que as variações no interior das populações continentais são muito mais expressivas do que as diferenças entre populações. Também revelou que as alardeadas diferenças entre as “raças” humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante de carga genética humana. A cor da pele, a mais icônica das características “raciais”, é uma mera adaptação

evolutiva a diferentes níveis de radiação ultravioleta, expressa em menos de dez dos cerca de 25 mil genes do genoma humano. (MAGNOLI, 2009, p. 21).

O autor esclarece que mesmo os contemporâneos de Darwin conviveram com suficientes indícios científicos para, pelo menos, se colocar em dúvida a validade daquele empreendimento – ou seja, a classificação da humanidade em raças. Contudo, em razão da hegemonia incontestável de tais ideias – voltadas para instaurar uma ordem natural na humanidade – mesmo a despeito das adversidades vindas da própria ciência, levam à necessidade de buscar-se uma explicação externa às ciências naturais. (MAGNOLI, 2009, p. 22).

Na opinião do autor, a gênese das ideias que articulavam a existência de raças está inconfundivelmente nas intenções colonizadoras de alguns povos sobre outros e ou mesmo de continentes sobre outros. O etnocentrismo, de que o eurocentrismo é uma espécie bem conhecida, é um exemplo, inclusive na sua faceta justificadora do regime escravista quando confrontado pela filosofia das luzes. (MAGNOLI, 2009, p. 22).

A existência de raças e o predomínio de umas sobre as outras foi o argumento justificador da escravidão e uma explicação para as suas profundas implicações econômicas. (MAGNOLI, 2009, p. 23).

Desde Carolus Linnaeus, no século XVIII, vê-se o esforço de alguns cientistas em difundir a ideia de que a ciência comprovava a existência de raças. Este autor propôs a divisão do *Homo sapiens* em quatro raças: *Americanus*, *Asiaticus*, *Africanus* e *Europeanus*, elegendo os *europaeus* como uma raça superior, formada por indivíduos mais inteligentes, inventivos e gentis. (MAGNOLI, 2009, p. 24).

Anota Magnoli, contudo, que a obra que mais influenciou o pensamento racial foi *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas* do francês Arthur de Gobineau, de 1853, que postulou a divisão da humanidade em três grandes raças: branca, amarela e negra. Todas as grandes civilizações teriam origem na raça branca e, em particular, na “família ariana”. A miscigenação, por seu turno, caracterizaria a degeneração racial, com impactos desastrosos sobre as civilizações. (MAGNOLI, 2009, p. 24).

Essa percepção teria inspirado a antimiscigenação tanto nos EUA como na Alemanha nazista. Tanto foi que, Thomas Jefferson, nas *Notas sobre o Estado da Virgínia*, afirmou que “a desafortunada diferença de cor, e talvez de talentos, é um poderoso obstáculo à emancipação dos negros”. (MAGNOLI, 2009, p. 24).

Evidencia-se nos relatos históricos da obra que a concepção de raça, do ponto de vista científico, à época, justificou a predominância de brancos sobre negros nos Estados Unidos e na Europa. O mesmo argumento serviu à rejeição da miscigenação, culminando em atos segregacionistas ante o temor da degeneração das estirpes superiores pelo sangue das inferiores. (MAGNOLI, 2009, p. 25).

Assegura Magnoli que o conceito de evolução não esteve presente nas ideias pioneiras sobre uma ciência das raças. Mas, o racismo científico teria nascido concomitantemente com o evolucionismo moderno, sobretudo em razão do quase cancelamento dos argumentos criacionistas provocado pela obra de Darwin. (MAGNOLI, 2009, p. 27).

A ciência das raças deu seus primeiros passos na moldura da reação ao movimento abolicionista. Mas ela se consolidou, sob o influxo científico do evolucionismo, depois que o tema da escravidão havia ficado para trás, substituído pelo da anexação imperial dos povos africanos e asiáticos. O conceito da desigualdade essencial entre os homens propiciava a conciliação entre o princípio iluminista da igualdade, reafirmando solenemente no processo abolicionista, e o princípio do imperialismo, que não poderia operar sem o apoio da opinião pública europeia. “A “missão civilizatória” das potências imperiais era o “fardo do homem branco”, no título célebre do poema de Rudyard Kipling, publicado em 1899”. (MAGNOLI, 2009, p. 28).

Os adeptos do imperialismo afirmavam, sem rodeio, conforme Magnoli expõe utilizando-se da obra de Rudyard Kipling, que a legitimidade da conquista dos povos nativos restava comprovada não só na superioridade econômica, mas, sobretudo, na superioridade moral. (MAGNOLI, 2009, p. 28).

O “racismo científico” do século XIX transfigurou-se no nacionalismo racista do século XX, que encontraria uma expressão completa e extremada na Alemanha nazista. (MAGNOLI, 2009, p. 40). O nazismo teria substituído o totalitarismo de Estado, onde este é a figura central alimentada pela subserviência dos cidadãos, pela glorificação do povo. Hitler escrevera que a “autoridade” do Estado não pode jamais ser um fim em si mesma, porque, se assim o fosse qualquer tipo de tirania seria inviolável e sagrada. (MAGNOLI, 2009, p. 43).

Muito embora Hitler tenha se utilizado do raciocínio científico para apregoar a supremacia moral e intelectual do povo alemão, Magnoli registra sua posição de desdém ao ponto de vista genético de raça. Teria dito o líder alemão:

“Volk e raça não são a mesma coisa. A raça é um componente de sangue, um núcleo hematológico, ao passo que o Volk é frequentemente composto não de uma única raça, mas de dois, três, quatro ou cinco diferentes núcleos

raciais...Usamos a expressão raça judaica como questão de conveniência...”(MAGNOLI, 2009, p. 24).

O que na verdade nutria o sentimento antijudaico de Hitler era o ódio decorrente de sua crença na existência da alegada conspiração dos judeus fabricada pela polícia política da Rússia czarista (Protocolo dos sábios de Sião) e a derrota alemã em 1918. (MAGNOLI, 2009, p.44). Além disto, na ideologia nazista os judeus eram pintados como usurários e incapazes de se constituírem como nação, prova maior de sua inferioridade. (MAGNOLI, 2009, p. 44).

Indiferente à viabilidade ou não do racismo científico, Hitler entendia que o defeito insanável dos judeus era de ordem cultural e histórica. Eles não eram capazes de se organizar e estariam propensos a formar Estados dentro de outros Estados, como parasitas. Dai a necessidade de destruí-los. (MAGNOLI, 2009, p. 45).

No mesmo ambiente de desconfiança em relação aos judeus, desenvolvia-se a crença na eugenia a partir da regulamentação do matrimônio e do tamanho das famílias em decorrência de suas virtudes e defeitos hereditários. (MAGNOLI, 2009, p. 46). Pesquisas nesse sentido foram financiadas por organizações, principalmente americanas, no âmbito das universidades, culminando com a instituição de uma Comissão de Hereditariedade nos Estados Unidos pelo governo de Theodore Roosevelt. (MAGNOLI, 2009, p. 46).

A primeira conferência de Eugenia ocorreu em Londres, em 1912, sob a Presidência de Leonard Darwin, filho de Charles Darwin. Outra conferência aconteceu em Nova York, em 1921, e depois, na mesma cidade, em 1932, oficializando-se a defesa pela instituição de políticas públicas eugenistas. (MAGNOLI, 2009, pág. 46).

Para Hitler, “O Estado é apenas o recipiente e a raça é o que ele contém”. Com essa compreensão e inarredável determinação de purificar e preservar a raça ariana, da qual originaram os alemães, fez da Alemanha o primeiro e único Estado oficialmente eugenista, com a promulgação da Lei para a prevenção da Descendência Hereditariamente Doentia, em julho de 1933. A lei permitia a esterilização de portadores de doenças que se supunham hereditárias, como esquizofrenia, insanidade maníaco-depressiva e epilepsia. Mesmo cegos, surdos e portadores de deficiências diagnosticadas como decorrentes de causas hereditárias podiam ser esterilizados (MAGNOLI, 2009, p. 46-47).

Para dar legalidade à prática, todo um sistema judicial foi montado, especialmente para manifestar sobre os pedidos de esterilização. Na instância inferior distrital do aparato judicial encontravam-se as “Cortes Eugênicas Distritais”, formadas por um juiz,

um médico público e um médico especialista em eugenia. Os julgamentos eram secretos (MAGNOLI, 2009, p. 47).

Interessante é que, conforme Magnoli, o modelo inspirador da lei nazista eram as leis sobre eugenia adotadas em estados americanos. (MAGNOLI, 2009, p. 48). Estava aplainado o caminho para o Holocausto.

Os horrores nazistas foram suficientes para que houvesse uma rejeição clara à ideologia da existência de raças. Informa o autor que menos de quatro anos da abertura dos campos de extermínio, a ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrando no seu artigo primeiro que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. No segundo, “todas as pessoas são titulares dos direitos e liberdades anunciados nessa Declaração, sem distinção de nenhum tipo, como raça, cor, sexo, linguagem, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outra condição”. (MAGNOLI, 2009, p. 57).

Especificamente sobre a questão racial pronunciou a UNESCO em 1950: “a importância que adquiriu o problema da raça no mundo moderno dificilmente precisa ser enfatizada. A humanidade não esquecerá tão cedo as injustiças e os crimes que conferiram trágicas ressonâncias à palavra “raça”” (MAGNOLI, 2009, p. 57).

Observa-se claramente que o objetivo da Declaração de Direitos Humanos é garantir a igualdade indistintamente, negando qualquer concepção de direitos que pudessem diferenciar as pessoas no nascimento. Trata-se de uma negação ao conceito de raça como possível instrumento de diferenciação ou de base para o reconhecimento ou concessão de direitos. Essa foi a grande lição colhida dos campos de extermínio.

O autor chama a atenção, contudo, para o ressurgimento ou a reinvenção da raça sob o disfarce do multiculturalismo. Diz o autor:

O racismo científico plantou as raças no solo da natureza, definindo-as como famílias humanas separadas pelas suas essências biológicas. Quando a ciência desmoralizou essa crença anacrônica, o multiculturalismo replantou as raças no solo da cultura. O argumento dos multiculturalistas, expresso sob formas diversas, mas bastante similares, é que as raças são entidades sociais e culturais. Com base nisso, a política das raças, que parecia condenada a desaparecer na hora da abertura dos campos de extermínio nazistas, ressurgiu triunfante nos mais diferentes pontos do planeta. (MAGNOLI, 2009, p 15).

Em 1909 foi fundada a Associação Nacional para o Avanço das Pessoas NAACP, pelo negro, acadêmico de Harvard, William E. B. Du Bois, a qual tinha a finalidade de combater as leis segregacionistas americanas. Um episódio de certa forma provocado pela

militante Rosa Parks, que ao negar oferecer o lugar que ocupava como passageira a um branco fora presa, desencadeou uma campanha pelos direitos civis nos Estados Unidos (MAGNOLI, 2009, p. 84).

Os protestos culminaram com um boicote aos ônibus de Montgomery por um período de 381 dias. Um dos líderes e organizadores do movimento era Martin Luther King Jr, que chegou a ser preso por duas semanas. Vários movimentos e protestos se seguiram até que, em 1964, o Congresso aprovou a Lei dos Direitos Civis de 1964, derrotando as leis segregacionistas. Em 1965 a Lei Nacional dos Direitos do Voto proibiu o uso de qualificações discriminatórias pelas quais se limitava o direito de voto dos negros (MAGNOLI, 2009, p. 84).

O movimento pelos direitos civis defendia a igualdade invocando a Declaração de Independência e a Constituição que sustentavam o ideal de que as pessoas não deviam ser julgadas pela cor de sua pele. (MAGNOLI, 2009, p. 84).

Em 1967 a Suprema Corte derrubou as últimas leis antimiscigenação no território americano. (MAGNOLI, 2009, p. 84).

No entanto, acrescenta Magnoli:

O triunfo do princípio da igualdade nos EUA representava um valioso estímulo direto à luta antiapartheid que tomava corpo na África do Sul. Contudo, paradoxalmente, logo depois daquelas proclamações de que os cidadãos não podem ser julgados pela sua ancestralidade suposta ou pela cor da sua pele, os EUA deram meia-volta e começaram a passar leis e regulamentos destinados a distribuir direitos de acordo com categorias raciais. (MAGNOLI, 2009, p. 85).

A expressão “ação afirmativa” ingressou na linguagem legal americana em 1961, quando o presidente John Kennedy emitiu a Ordem Executiva 10.925, que criou o Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego e ordenou que os projetos financiados por fundos federais adotassem “ação afirmativa” para assegurar práticas de contratação e emprego isentas de propensões raciais. (MAGNOLI, 2009, p. 85).

A subseção 703 do Título VII da Lei dos Direitos Civis declarava:

Não se requer de um empregador conceder tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo com base em qualquer desequilíbrio que possa existir na relação entre a parcela de empregados daquele grupo e a parcela de indivíduos do grupo na população da comunidade, da cidade, do estado ou do país. (MAGNOLI, 2009, p. 85).

A ação afirmativa, como vista, não tinha conotação discriminatória. Essa característica só veio aparecer no denominado Plano de Filadélfia, no governo Nixon, em 1969, com vistas a enfrentar a resistência e violação sistemática à Lei dos Direitos Civis por parte das empresas,. (MAGNOLI, 2009, p. 85).

A essas medidas seguiram-se outras destinadas ao desenvolvimento de empresas e negócios das minorias.

As iniciativas, contudo, foram muito criticadas sob o argumento de serem medidas discriminatórias com base na raça. Teria sido adotada a discriminação reversa, muito embora o próprio presidente Nixon tenha se defendido alegando não se tratar de cotas, no que recebeu o apoio do Congresso. (MAGNOLI, 2009, p. 86).

Até 1980, a Suprema Corte ofereceu sustentação às políticas de preferência, muito embora com alguma relutância. Visando alcançar compatibilidade com a igualdade preconizada na Lei dos Direitos Civis, muitas vezes as ações afirmativas eram camufladas de programas antidiscriminatórios. No entanto, nova Lei dos Direitos Civis de 1991 colocou fim à concessão de preferências raciais, sobretudo a criação de padrões distintos para minorias em exames seletivos. (MAGNOLI, 2009, p. 87).

O desenvolvimento de ações discriminatórias positivas sofreu influência da obra de John Rawls, denominada Uma Teoria da Justiça que investigou a solução para o problema da justiça distributiva, formulando a teoria da “justiça como equidade”. (MAGNOLI, 2009, p. 87).

Diferentemente da Lei dos Direitos Civis que moveu multidões do povo até sua efetivação, as ações de discriminação positiva nunca empolgou mais do que os atores de movimentos específicos, na maioria subvencionados pela Fundação Ford.

O movimento pelos direitos civis empolgou multidões. Em contraste as políticas de discriminação reversa nunca foram sustentadas por um movimento de massas. Mas a sua difusão para além dos limitados programas federais, deu-se com a entrada em cena de intelectuais e acadêmicos, que implantaram sistemas de admissão universitária orientados por critérios raciais, articularam iniciativas de equilíbrio racial nas escolas públicas e sobretudo, formularam uma explicação multiculturalista da nação americana. Nada disso teria sido possível sem a intervenção da Fundação Ford, o ator mais destacado na marcha triunfante das políticas de raças. (MAGNOLI, 2009, p. 88).

A Fundação Ford, a maior entidade filantrópica do mundo à época, no início do longo período identificado como “guerra fria” constituiu-se num tentáculo da política externa americana. A partir de 1966, as ações da Fundação Ford passaram a priorizar entidades que se ocupavam da proteção às minorias nos diversos países, chegando em 1970, com uma destinação de 40% de seu vasto orçamento ao financiamento de ações voltadas aos direitos das minorias. (MAGNOLI, 2009, p. 89).

Para aplacar a crise enfrentada pelo governo Nixon no final da década de 60 – interpretada pela Fundação Ford como um sintoma do funcionamento defeituoso do pluralismo político – essa formulou o conceito de “multiculturalismo,” com o fim de restabelecer a normalidade democrática. Na prática as ações de cooperação de forma ampla deram lugar a iniciativas voltadas para os interesses de minorias, com o apoio direto, tanto estrutural como financeiro, aos movimentos de valorização das diferenças ou “diversidade” quase sempre representados por ONGs, com um efeito paralelo muito significativo que representou a cooptação de lideranças e intelectuais. (MAGNOLI, 2009, p. 90).

Daí surgirem financiamentos da Fundação Ford para os movimentos de defesa dos mexicanos-americanos, dos porto-riquenhos, dos povos indígenas, das mulheres. As entidades representativas destes movimentos por não terem uma base de associados que buscasse de *moto* próprio a sobrevivência, eram custeados inteiramente com recursos fundacionais americanos, com predominância para a Fundação Ford (MAGNOLI, 2009, p. 90).

Esclarece o autor que

O discurso da vitimização e os recursos financeiros da Fundação Ford uniram-se para gerar o que o jornalista George Will caracterizou, apropriadamente, como a “proliferação de grupos acalentando mágoas e reivindicando direitos”. Como registrou Joan Rolelofs, um dos resultados do processo foi a cooptação em massa de lideranças independentes: “ativistas de movimentos sociais são desse modo transformados em pesquisadores, administradores e litigantes; e os movimentos são fragmentados em “políticas identitárias””. (MAGNOLI, 2009, p. 90).

A concepção de filantropia da Fundação Ford foi redefinida para ir além da oferta de donativos aos pobres. Sua meta passou a influenciar a instituição de políticas públicas, convencendo governos e instituições da necessidade de mobilização de base. Essas iniciativas multiculturalistas atingiram as universidades americanas, sobretudo no convencimento destas a instituírem mecanismos de admissão orientados por preferências para grupos minoritários. (MAGNOLI, 2009, p. 91).

Nas universidades a iniciativa tinha o propósito de reformar de alto a baixo as perspectivas acadêmicas, os currículos e a prática universitária em geral. O atendimento a essas condições passou a ser elemento de troca na liberação de recursos financeiros. (MAGNOLI, 2009, p. 91).

Anota Magnoli que:

Do ponto de vista teórico, o multiculturalismo assenta-se sobre um primeiro pressuposto que não é dramaticamente distinto do artigo de fé do “racismo científico”. Esse pressuposto pode ser expresso como a noção de que a humanidade se divide em “famílias” discretas e bem definidas, denominadas étnicas. O “racismo científico” fazia as suas “famílias” – as raças – derivarem da natureza. O multiculturalismo faz as etnias derivarem da cultura. O segundo pressuposto do multiculturalismo é que a cultura corresponde a um atributo essencial, imanente e ancestral de cada grupo étnico. Essa naturalização da cultura evidencia que o conceito de etnia, na narrativa multiculturalista, ocupa um nicho metodológico paralelo àquele do conceito de raça na narrativa do “racismo científico”. (MAGNOLI, 2009, p. 92).

Viu-se, então, conforme analisa o autor, “universidades em busca de dinheiro e acadêmicos em busca de prestígio” definirem suas prioridades acadêmicas nos termos sugeridos pelo doador. (MAGNOLI, 2009, p. 93).

Um dos reflexos interessantes desta política refere-se à restauração do uso político da classificação das pessoas, prática que havia sido superada pela igualação dos indivíduos pela Lei dos Direitos Civis. De certa forma o multiculturalismo deu nova legitimidade às tradições racistas, instituindo uma verdadeira globalização das problemáticas americanas. (MAGNOLI, 2009, p. 94/98).

A referida globalização é vista claramente no incremento do apoio da Fundação Ford às universidades brasileiras, as quais passaram a replicar os modelos de estudos étnicos e relações sociais aplicados nos Estados Unidos. (MAGNOLI, 2009, p. 98).

Da inauguração do escritório brasileiro até o ano de 2001 a Fundação Ford investiu, no Brasil, 347 milhões de dólares, adotando-se a metodologia de descentralizar as doações para pequenas organizações não governamentais. (MAGNOLI, 2009, p. 98).

O número de doações da Fundação Ford no Brasil cresceu de 4% na primeira década para 54% no início do século XXI. (MAGNOLI, 2009, p. 98).

Curiosamente a Universidade Estadual do Rio de Janeiro recebeu doação de 1.3 milhão de dólares – a maior da história do escritório da Fundação Ford no Brasil – quando implantou o seu sistema de cotas raciais. A UnB recebeu sucessivas doações desde a implantação das cotas raciais em 2004; a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2007, 130 mil dólares; a Universidade Federal de São Carlos, que implantou seu sistema também em 2007 recebeu a vultosa quantia de US\$ 1.5 milhão. (MAGNOLI, 2009, p. 99).

O autor sustenta a existência de uma articulação ideológica com vistas a negar a existência da miscigenação, bem como de suas vantagens de outrora, conforme vista pelo sociólogo Gilberto Freyre em sua obra *Casa Grande e Senzala*.

Olvidando pesquisas do Plano Nacional de Amostra de Domicílios, de 1976, que acusava o registro de 136 respostas diferentes ao quesito de autodeclaração de cor/raça dos entrevistados, alguns sociólogos, dentre eles Florestan Fernandes e Fernando Henrique Cardoso, sustentavam que a decantada miscigenação e a afirmação de que ela promovia uma acomodação social sem grandes manifestações racistas, pelo contrário, demonstrava os efeitos insidiosos de um racismo camuflado, disseminado, que vigoraria na sociedade brasileira. (MAGNOLI, 2009, p. 144).

A despeito de não se querer enxergar uma realidade observável facilmente, os censos brasileiros sempre registraram a extensão da miscigenação. Em 1940, 63,4% declararam-se brancos; 14,6% pretos; 21,2% pardos. Em 2000, as parcelas de brancos e pretos diminuíram para 53,7% de brancos; 6,2% de pretos e, os pardos, aumentaram para 38,5% da população. (MAGNOLI, 2009, p. 145).

Interpretando estes dados o autor anota que em apenas seis décadas a população branca reduziu em mais de 15%, a dos pretos em mais de 57%. No mesmo intervalo, contudo, a ampliação dos pardos foi da ordem de quase 82%. (MAGNOLI, 2009, p. 145).

A migração de respostas das duas categorias polares para a categoria intermediária atesta o fracasso do projeto das elites imperiais, mas evidencia, igualmente, que o “branqueamento” não é a verdadeira dificuldade com que se defrontam as organizações do movimento negro empenhadas em conferir visibilidade aos negros. (MAGNOLI, 2009, p. 146).

Para o autor, o sucesso da categoria pardo na segunda metade do século XX não guarda relação com a concepção de que o termo resultou da miscigenação entre “raças” branca e negra. A preferência por essa identificação decorre, primeiramente, da criatividade dos entrevistados apontada no censo de 1976 e, ainda, revela a precariedade das identidades raciais no Brasil e a valorização de uma identidade intermediária. (MAGNOLI, 2009, p. 146).

Não se pode descurar que a miscigenação enfrentou a oposição dos adeptos do “racismo científico”. Aponta o autor que as teorias racistas não despertavam interesse num regime escravagista, como o que imperava no Brasil, pelo fato de que a distinção entre homens livres e escravos, homens livres proprietários e não proprietários explicava a ordem social vigente. No entanto, com a aproximação da abolição as justificativas para a diferença racial estariam prestes a ficar sem sustentação. Daí o interesse pelo “racismo científico”, por meio do qual se poderia justificar a hegemonia branca. (MAGNOLI, 2009, p. 146-147).

Os “riscos” advindos da miscigenação sustentavam-se no descompasso biológico-evolutivo verificado entre as raças, o que provocaria o surgimento de uma

população desequilibrada, conforme sustentava o “racismo científico”. (MAGNOLI, 2009, p. 147).

Contra a ideia da degeneração decorrente da mistura racial levantaram alguns sanitaristas, como Juliano Moreira, Roquete Pinto e Manoel Bonfim, os quais afirmavam que as causas da “degeneração” estavam ligadas às questões sanitárias, educacionais, além do alcoolismo, e doenças como a sífilis. (MAGNOLI, 2009, p. 148). Manoel Bonfim foi mais categórico ao afirmar que “o racismo científico” é um sofisma abjeto do egoísmo, hipocritamente mascarado de ciência barata, e covardemente aplicado à exploração dos fracos pelos fortes. (MAGNOLI, 2009, p. 148).

Esclarece Magnoli que a obra de Gilberto Freyre foi precedida de uma tradição antirracista e sofreu a benéfica influência dos médicos sanitaristas que destruíram os argumentos do racismo científico. (MAGNOLI, 2009, p. 149).

Difundia-se, até então, no âmbito do “racismo científico”, a necessidade de promover o “branqueamento” da população brasileira, socorrendo-se de uma política de imigração. A necessidade da providência tinha lastro na afirmação até então científica de que mistura racial entre brancos, negros e índios havia feito surgir uma população demente, fraca e com predisposição para degenerar-se (MAGNOLI, 2009, p. 147).

Convencido Freyre de que o racismo científico era insustentável e com apoio nos sanitaristas citados e nas posições antirracistas adquiridas com sua passagem pela Universidade de Oxford, escreveu *Casa Grande e Senzala*, dando curso à difusão da antropologia antirracista no Brasil. (MAGNOLI, 2009, p. 149).

Assim, Magnoli sai em defesa da obra de Freyre sustentando que ele jamais ocultou ou tentou diminuir os horrores da escravidão e que rompeu com o racismo científico e com o seu paradigma de superioridade racial dos brancos. Sua obra assinala a diferença entre o Brasil e o racismo predominante no ocidente. (MAGNOLI, 2009, p. 150).

As críticas de Magnoli são dirigidas especialmente aos sociólogos Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso e Oracy Nogueira. Cita a obra do primeiro *A integração do Negro na Sociedade de Classes*, de 1964, que em sua opinião, distinguia o negro como um grupo social objetivo e a missão sociológica consistia em explicar as formas pelas quais a moenda do capitalismo o integrava à sociedade de classes. (MAGNOLI, 2009, p. 157).

Na obra, Florestan Fernandes sustenta que a chave de explicação do Brasil encontra-se na ideia de modernização incompleta, ou seja, de permanência de traços estruturais da antiga ordem na nova ordem. Nessa perspectiva enxerga o negro como o antigo

escravo, enfatizando a exclusão econômica e social, sem, contudo, atentar para a “construção política de uma identidade racial”. (MAGNOLI, 2009, p. 157).

Haveria um equívoco na leitura de Florestan, pois, coloca o negro como uma entidade prévia, um dado incontestável da realidade e o mestiço simplesmente como uma construção ideológica. (MAGNOLI, 2009, p. 157).

Na verdade, Florestan procurou incorporar o negro numa análise marxista da sociedade de classes brasileira, postulando que o Brasil apresenta uma forma particular de racismo, ou seja, um racismo negado e ocultado, mas persistente. (MAGNOLI, 2009, p. 157).

Com sustentação na obra de Florestan as organizações de movimento de valorização do negro passaram a sustentar que o racismo brasileiro seria equivalente ou até pior do que o americano, com todo o aparato oficial à sua sustentação. (MAGNOLI, 2009, p. 158).

No cotejo das duas obras, a de Gilberto Freyre e Florestan Fernandes, anota que as duas registram pontos de vistas distintos na trajetória de interpretar a formação da sociedade brasileira. Contudo, diante da emergência suscitada para a implantação de políticas “racialistas”, como afirma, com base na experiência americana, os intelectuais citados acabaram por pintar Freyre como um reacionário conservador. (MAGNOLI, 2009, p. 158). Enquanto o primeiro teria criado um mito – na sua avaliação da mestiçagem e o seu efeito positivo na identificação racial do Brasil – e o segundo teria se encarregado de “destruir” o referido mito. (MAGNOLI, 2009, p. 157).

A UNESCO, desde 1950, havia reconhecido a diferença entre o preconceito de raça experimentado no Brasil em relação a outras nações. Os estudiosos do Brasil entendiam que essas diferenças eram marcadas pelas “difusas” fronteiras raciais no caso brasileiro em face de “barreiras impenetráveis no sistema de raças em outros países”. (MAGNOLI, 2009, p. 158).

Sem dúvida, ao afirmar a indefinição fronteiriça entre brancos e negros no Brasil a UNESCO estava afirmando a existência da miscigenação como um dado positivo em nossa realidade.

Assevera que, tanto Florestan Fernandes como Fernando Henrique Cardoso moviam-se em torno do binômio modernização/atraso, com clara alusão à escravidão como causa. Não viam, mesmo no trabalho de campo, como é o caso de Cardoso, um gradiente de cores, mas, tão somente, negros e brancos. (MAGNOLI, 2009, p. 159).

O argumento dos autores era no sentido de que a modernização capitalista não poderia gerar uma sociedade de classes em decorrência da manutenção de arcaísmos que se

punham como obstáculos, conservando uma sociedade de estamentos. Nesse caso, na leitura de Fernando Henrique Cardoso, o preconceito racial era uma “herança” da escravidão e não uma construção política e intelectual singular. A escravidão teria reforçado o preconceito racial anterior, convertendo-o em instrumento da superioridade branca. (MAGNOLI, 2009, p. 159).

Assim, Fernando Henrique Cardoso teria assegurado que no Brasil predomina o preconceito de raça e não o de classe, muito embora tenha defendido que a exclusão social decorre essencialmente de fatores histórico-econômicos, tais como a escravidão e a própria forma em que ocorreu a abolição. (MAGNOLI, 2009, p. 160).

Em suma, a opinião dos sociólogos do período chamado pelo autor como “pós-guerra”, com destaque para os abordados acima, era no sentido de fomentar e defender intransigentemente a necessidade de estabelecer parâmetros e tratamentos que sustentem a racialização, ou seja, mecanismos para desfazer a zona cinzenta (difusa, na leitura da UNESCO) entre limites raciais, consagrando o conceito de raças, ainda que negadas cientificamente, e confinadas à duas espécies: branca e negra. (MAGNOLI, 2009, p. 161).

Apona o autor que este ambiente intelectual de condenação da miscigenação, elegendo essa como a cortina que esconde o preconceito racial, consistiu-se em suporte para a atuação de grupos e organizações não governamentais criadas sob o signo da proteção racial dos negros, subvencionados por verbas públicas, além de vultosos repasses de organismos internacionais, como se anotou na participação da Fundação Ford na manutenção das ONGs no Brasil.

Observa Magnoli que as obras dos autores citados decretaram a necessidade de desfazer o que chamou de “mito da democracia racial”, pelo visto, erroneamente atribuído a Freyre, a fim de erguer sobre suas ruínas uma consciência de raça entre os negros brasileiros, mesmo a despeito de os brasilianistas de meados do século XX inspirarem-se no Brasil, e exatamente nos limites difusos da definição racial, para criticarem a segregação racial nos EUA. (MAGNOLI, 2009, p. 161).

Inobstante sua obra, pondera Magnoli que Fernando Henrique Cardoso, em seu governo, oscilou sempre entre o “reconhecimento do valor da mestiçagem e a sugestão de que a cor da pele divide a nação em dois conjuntos polares”. Em razão disto, as iniciativas de discriminação reversa não prosperaram em seu governo. (MAGNOLI, 2009, p. 163).

Uma iniciativa perigosa, contudo, foi introduzida no PNDH I (1996), à qual consistiu em determinar ao IBGE que adotasse o critério de considerar os mulatos, os pardos e os pretos como integrantes do contingente da população negra. Fazendo desaparecer a

mensagem identitária vinda das entrevistas dos cidadãos FHC acabou por decretar a exclusão da miscigenação e, de resto, de Gilberto Freyre. (MAGNOLI, 2009, p. 163).

Não sendo possível no limitado espaço deste trabalho a abordagem integral da obra analisada, dada a sua impressionante extensão e riqueza de detalhes, vale, à guisa de conclusão, as últimas ponderações de Magnoli:

A polêmica sobre as políticas de raça remete a uma questão de fundo sobre o projeto nacional brasileiro. No fim das contas, os arautos do multiculturalismo estão dizendo que o Brasil fracassou historicamente como nação e deve começar de novo, reinventando-se desde o início, pelo cancelamento do mito da origem da confluência dos rios. Eles estão dizendo que a mestiçagem é uma mentira abominável – e que o Brasil foi erguido sobre essa mentira.

Inversamente, os críticos das políticas raciais pensam que há algo de muito positivo, para toda a humanidade, no projeto nacional do Brasil. Os brasileiros não aprenderam a separar as pessoas segundo o cânone do mito da raça. Nós imaginamos que as águas podem – e devem! – se misturar. Que a única raça importante é a raça humana. (MAGNOLI, 2009, p. 383).

Realmente a leitura de que a miscigenação foi um grande mal é claramente percebida nas obras e argumentos dos que defendem as cotas raciais. A miscigenação que se traduz na denominada “democracia racial”, é tratada com desdém e vista sempre como um mecanismo de justificação da própria discriminação, ou melhor, um mecanismo para camuflá-la.

2.4 Ali Kamel

O autor inicia sua crítica contundente ao sistema de cotas não diretamente sobre a sua eficiência ou não, ou, ainda, quanto a ser constitucional ou não. Parte da irresignação quanto às ações afirmativas estarem instituindo um racismo não percebido pela sociedade. No seu entender as concepções que sustentam a necessidade de um sistema mais do que protetivo, portanto, interventivo, no sentido de equilibrar as diferenças, são todas manipulações ideológicas, com origem na postura adotada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso a partir da década de 90. (KAMEL, 2006, p. 16).

As iniciativas são tidas como um grande risco, um estrago nas relações sociais. Em suas palavras:

Mergulhado no trabalho jornalístico diário, quando me dei conta do fenômeno levei um susto. Mais uma vez tive a prova de que os grandes estragos começam assim: no início, não se dá atenção, acreditando-se que as convicções em contrário são tão grandes e arraigadas que o mal não

progredirá. Quando acordamos, leva-se o susto. Eu levei. E, imagino, muitos brasileiros devem também ter se assustado: quer dizer então que somos um povo racista? Minha reação instintiva foi me rebelar contra isso. (KAMEL, 2006, p. 17).

A primeira crítica mais consistente do autor é focada no conceito de negro adotado pelas ações afirmativas. Ao levantar dados para conhecer a população brasileira, quanto à cor, as estatísticas informam sobre brancos e não brancos. E, por este critério, negros são todos os não brancos, o que faz desaparecer o cafuzo, mulato, mameluco, caboclo e outras variações advindas da miscigenação. (KAMEL, 2006, p. 18).

Em sua opinião, uma característica que orgulhosamente nos definia do ponto de vista racial – a miscigenação – marcada por uma variedade de cores, desapareceu, cedendo lugar a uma nação bicolor. (KAMEL, 2006, p. 18).

A sua defesa da miscigenação é justificada pelo fato de que exatamente com este argumento Gilberto Freyre combateu a ideia, essa sim, racista, das primeiras décadas do século passado, da necessidade de “embranquecer” a população brasileira com vistas a garantir uma maior inteligência de nosso povo. Diz o autor, no entanto, que mesmo essa corrente racista entendia que o Brasil era, realmente, um país com população miscigenada. (KAMEL, 2006, p. 18).

Não consente com a abordagem que indica a denominada democracia social como um mecanismo de esconder o preconceito que sempre reinou entre nós. Na sua opinião, a obra de Gilberto Freyre, *Casa Grande e Senzala*, por não esconder os escândalos e atrocidades da escravidão, mas retratando com fidelidade todo o pano de fundo da miscigenação, contribuiu, naquele momento de oposição aos que queriam “embranquecer” o Brasil, para resgatar o papel do negro na construção de nossa identidade e nossa cultura. (KAMEL, 2006, p. 19).

Muito embora admita a ocorrência do racismo, o autor faz uma afirmação bastante representativa da percepção dos limites da atuação oficial no combate ao preconceito por parte dos contrários às cotas. Afirma em sua obra:

Aqui, após a abolição, nunca houve barreiras institucionais a negros ou a qualquer outra etnia. E para combater as manifestações concretas do racismo – inevitáveis quando se fala de seres humanos – criaram-se leis rigorosas para punir os infratores, sendo a Lei Afonso Arinos⁶ apenas a mais famosa delas. (KAMEL, 2006, p. 20).

⁶ Lei 1.390/51, que considerou contravenção penal qualquer forma de preconceito racial.

Não é difícil notar que a percepção do autor é bastante próxima da combatida pelos adeptos das ações afirmativas, para os quais não basta apenas vedar, criminalizar quem pratica ou praticou atos de discriminação. O hiato formado entre brancos e negros, assim agindo, continuaria a existir uma vez que apenas proibir consiste numa inação estatal.

Para o autor, não aceitar e, no máximo, punir o preconceito, já é suficiente para afirmar a inexistência, também histórica, do racismo. (KAMEL, 2006, p. 17).

Impõe o ônus da nova concepção de racismo à atuação dos sociólogos Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso, Oracy Nogueira e outros mais recentes. Em sua opinião a ideia que sustentava a atuação dos referidos intelectuais era que a postura da sociedade brasileira de não se ver racista pelo fato de que não nos constituímos em duas cores somente e que durante todo tempo, após a abolição da escravatura, não toleramos qualquer espécie de racismo, inclusive punindo os infratores desta vontade coletiva, foi e, ainda é, extremamente nociva aos negros. E, ironiza: “o papel da ciência para o “bem dos negros” seria desmascarar isso, tirando o véu da ideologia e substituindo-a pela realidade do racismo”. Essa postura leva à constatação, então, de que um racismo explícito é melhor do que um velado. (KAMEL, 2006, p. 20). Alfineta, concluindo este argumento, que essa postura, esquece-se de que o racismo explícito oprime sem pudor, enquanto o envergonhado deixa de oprimir pelo pudor. (KAMEL, 2006, p. 20).

O autor contesta também a classificação feita sobre as formas de racismo. De acordo com os autores que cita, principalmente Oracy Nogueira, nos Estados Unidos dar-se-ia o racismo de origem, ou seja, bastaria um ancestral negro para toda a descendência, ainda que não de cor negra, também assim ser considerada e sofrer a segregação. No Brasil o preconceito é de marca, ou seja, de aparência. Não considerando o fato de ser o ancestral negro ou branco, o preconceito se dá mediante a cor da pele. (KAMEL, 2006, p. 22).

Em razão disto, nos Estados Unidos, a consciência do preconceito seria evidente na vida dos negros e de seu descendente. Essa constatação criaria certa consciência de pertencimento ao grupo atingido pelo racismo e facilitaria a organização do mesmo grupo para lutar contra a discriminação.

A perversidade do racismo no Brasil, portanto, se revela, conforme a plêiade de intelectuais a favor das ações afirmativas, na camuflagem e inviabiliza a conscientização do próprio grupo marginalizado. Aliás, diga-se de passagem, essa abordagem é muito bem analisada pelo Ministro Ayres Brito ao proferir o seu voto favorável ao sistema de cotas.

Ali Kamel não concorda com essa classificação e afirma que Oracy Nogueira poderia muito bem chegar à conclusão de que não somos uma sociedade em que o racismo é traço dominante. (KAMEL, 2006, p. 22).

Levanta-se, com veemência, contra as ações afirmativas sob o argumento de que se bem feita uma leitura das estatísticas que buscam conhecer a estratificação da população pela cor perceberá que os filhos da miscigenação, definidos como "pardos", são mais numerosos e têm um lugar ambíguo no discurso racial. Sendo, em geral, descendentes de africanos e de europeus, por que deveriam ser considerados apenas "negros"? Pardos e negros, somados, representam, sim, a maioria dos pobres brasileiros – em números absolutos, 38 milhões. Mas o contingente de brancos pobres também é enorme. Como justificar uma política de avanço "racial" que deixaria para trás a massa de 19 milhões de brancos pobres? (KAMEL, 2006, p. 52).

Continua o autor confrontando a leitura que se faz das pesquisas. Começa ironizando a frase muito dita pelos adeptos das cotas: “A pobreza no Brasil tem cor, e ela é negra”. Em sua opinião,

É uma frase sempre presente nos trabalhos de pesquisadores que culpam o racismo brasileiro pela situação de penúria em que vive a maior parte dos negros. Os números que eles divulgam são de fato eloquentes. Eles sempre dizem que os brancos no Brasil são 51.4% da população; e os negros, 48%. E se perguntam: “Será que a pobreza acompanha esses mesmos critérios demográficos”? E respondem que não: dos 56,8% milhões de brasileiros pobres, os brancos são apenas 34.2%, e os negros representam 65,8% do total. E concluem: os negros são pobres porque no Brasil há racismo.

Os números são eloquentes, mas inexatos. Segundo o IBGE, os negros são 5,9% e não 48%. Os brancos são, de fato, 51,4% da população. A grande omissão diz respeito aos pardos: eles são 42% dos brasileiros. Entre os 56,8% de pobres, os negros são 7.1%, e não 65,8%. Os brancos, 34,2% e, os pardos, 58,7%.

Portanto, se a pobreza tem uma cor no Brasil, essa cor é parda...É apenas somando-se o percentual de negros e pardos que se chega a 65,8%. (KAMEL, 2006, p. 49).

Conclui afirmando, então, que a grande maioria (58,7%) dos que são identificados como negros, na verdade é parda. A isto se junta outro argumento: quem é pardo? O pardo é um branco meio negro ou um negro meio branco?

Outro argumento dentre os mais eloquentes diz respeito à inexistência de raças. Introduz a objeção afirmando que “acreditar que raças existem é a base de todo racismo”. Raças não existem. (KAMEL, 2006, p. 43).

Sustentando-se em dados científicos afirma que o genoma humano é composto de 25 mil genes. As diferenças mais aparentes como a cor da pele, textura dos cabelos,

formato do nariz, são determinadas por um conjunto insignificante de genes, cerca de 0.005 do genoma humano. Apoiando em Craig Venter, o primeiro cientista a descrever a sequência do genoma humano, afirma que “a raça é um conceito social, não um conceito científico.” (KAMEL, 2006, p. 43).

Confronta, por fim, o argumento de que “o salário dos negros e pardos é a metade do salário dos brancos, mesmo quando o nível educacional é o mesmo.” Sua objeção sustenta-se na interpretação dos dados populacionais do Brasil de 2004, começando por afirmar que, via de regra, a análise dos adeptos das ações afirmativas não faz uma leitura correta dos dados estatísticos, sobretudo quando pouca referência faz aos amarelos, muito embora essa cor esteja presente nas pesquisas elaboradas pelo IBGE. (KAMEL, 2006, p. 60).

Quanto à renda reporta-se à tabela do PNDA 2004 para esclarecer que o valor médio do rendimento, em salários mínimos entre os amarelos é 7.4; entre os brancos, 3.8; entre os negros, 2.1; entre os pardos, 2.0. Na mesma tabela veem-se os dados sobre o número de anos de estudo. Em número de anos, os amarelos têm 10,7, em média; os brancos, 8,4; os negros, 6,4; os pardos 6,2. (KAMEL, 2006, p. 60).

Diante destes dados, caso seja verdadeira a premissa de que a renda menor dos negros em relação aos brancos é indicativa de racismo, correto será concluir, então, que há racismo e opressão dos amarelos em relação aos brancos, haja vista que a diferença da média salarial é evidente. (KAMEL, 2006, p. 60).

Outra leitura possível e também ignorada pelos defensores das cotas raciais diz respeito ao número de anos de estudo. Os amarelos têm renda maior. No entanto, a pesquisa confirma que eles frequentam 10,7 anos de estudo. Considerando a lógica da pesquisa é correto afirmar que a renda tem relação direta com o tempo de estudo, portanto com qualificação e não com cor da pele. Daí, investir em educação, tendo como alvo os pobres em geral, bem como na melhoria da renda, são medidas que satisfazem a pretensão de igualdade sem adentrar a questão sensível da divisão em raças. (KAMEL, 2006, p. 61).

A improbabilidade da expressão “pobreza tem cor no Brasil” é testada, ainda pelo seguinte argumento: Não há estatísticas confiáveis – pelo menos o IBGE não faz isto – apurando quanto ganham cidadãos de cores diferentes com igual qualificação profissional. Também não é correto afirmar que brancos e negros em funções iguais recebam salários diferentes. Não há nenhuma pesquisa afirmando que marceneiros brancos ganhem mais do que marceneiros negros. (KAMEL, 2006, p. 63).

Por fim, critica a afirmação que a distribuição geográfica das populações branca e negra é indicativa de racismo.

Outro argumento frequente dado como prova de racismo é a distribuição geográfica de brancos e negros (incluindo pardos) nos bairros das cidades. Naquele mesmo programa da TVE, um professor repetiu o que muitos dizem: nas favelas cariocas, 90% dos habitantes são negros. Não é verdade. Nas favelas da cidade do Rio, segundo o IBGE, 58,6% se declararam negros pardos, contra 41,4% que se dizem brancos, um contingente altamente expressivo. Onde está o racismo? Considerando todas as favelas pesquisadas, 22% delas, ou 114 comunidades, tem mais brancos do que negros e pardos, entre elas a Rocinha, onde os brancos são 54%, Rio das Pedras, com 58% de brancos e o morro do Timbau, com 61% de brancos. No Brasil, 59,7% dos favelados são negros, e 40,3% brancos. (KAMEL, 2006, p. 70).

2.5 Roberta Fragoso Menezes Kaufman

A seguir, os argumentos mais consistentes sustentados pela autora Roberta Fragoso Menezes Kaufman, na sua obra “Ações Afirmativas à brasileira, necessidade ou mito?”⁸

A autora discorre, já nos capítulos em que trata das ações afirmativas, de interesse para o presente trabalho, sobre o surgimento destas ações nos Estados Unidos. Registra que nos Estados Unidos não se deu ao negro a possibilidade de inserção na sociedade como um igual, reflexos da decisão da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*,⁹ na qual se fixou o entendimento de que a doutrina da igualdade permitiria a separação daqueles que pertencessem a raças diferentes. A segregação consistia em manter brancos e negros separados em espaços públicos como escola, teatro, meios de comunicação etc. (KAUFMANN, 2007, p. 167). Trata-se do denominado sistema *Jim Crow*.

Antes mesmo desta decisão, tribunais americanos haviam fixado o entendimento de que a 14ª Emenda¹⁰ referia-se à vedação de discriminação por parte de entes

⁷ IBGE, Censo Demográfico, 2000.

⁸ Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil/Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁹ Um senhor de pele escura, ou *colored*, como eram chamados os negros norte americanos, havia comprado uma passagem de trem para a primeira classe. Seu nome era Homer Plessy e, após sentar-se no vagão, foi intimado pela polícia a sair, pois estava em uma área reservada somente às pessoas brancas. Ele se recusou a deixar o local e acabou sendo preso por violar a lei do Estado que denominava aquela área do transporte coletivo somente para a utilização de pessoas brancas.

¹⁰ Votada pelo Congresso em 13 de Junho de 1866. Ratificada em 9 de Julho de 1868. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

públicos e não por particulares, proliferando, a partir de então, a segregação no setor privado, ou seja, entre particulares.

As modificações deste sistema só começaram a aparecer nas décadas de 60 e 70, em razão de movimentos negros organizados e liderados por várias personalidades como Martin Luther King. (KAUFMANN, 2007, p. 167).

Assegura a autora que os principais líderes, com destaque para Luther King não apoiavam uma política de cotas para integração racial. Combatiam a segregação. Mesmo as medidas adotadas pelo então Presidente Kennedy visavam a desfazer ou revisar os atos e dispositivos oficiais que autorizavam a segregação. Também o conteúdo das ações afirmativas lá visualizadas limitava-se ao combate da discriminação. Esse era o sentido das ações afirmativas. (KAUFMANN, 2007, p. 168).

As normas e atos que antecederam e que posteriormente constituíram a denominada Lei dos Direitos Civis de 1964 não ultrapassaram o objetivo de proibir a discriminação, sem qualquer referência à obrigação de incluir negros, por exemplo, nas relações de trabalho. (KAUFMANN, 2007, p. 170).

O sucessor de Kennedy, Lyndon Johnson, continuou o intento do Presidente assassinado, promulgando leis que vedavam terminantemente a segregação racial. Nem Kennedy nem Johnson iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje. (KAUFMANN, 2007, p. 171).

Inobstante a política de combate à segregação, a miscigenação entre negros e brancos permaneceu absolutamente inaceitável. Também eclodiram movimentos de revoltas culminando com mortes, ataques, vários movimentos radicais a favor dos negros, numa situação de absoluta violência e descontrole social nos anos 60, chegando-se ao tormentoso diagnóstico de que nos Estados Unidos, estavam se formando duas sociedades diferentes, separadas e desiguais. (KAUFMANN, 2007, p. 171-173).

Uma comissão encarregada de levantar as causas da violência relatou:

Violência e destruição precisam acabar – nas ruas dos guetos e na vida das pessoas. Segregação e pobreza criaram nos guetos raciais um ambiente destrutivo totalmente desconhecido para a maioria dos americanos brancos. O que os brancos americanos nunca entenderam completamente – e que os negros não conseguiram nunca esquecer – é que a sociedade branca está profundamente relacionada com o gueto. Instituições brancas criaram-no, instituições brancas mantiveram-no e a sociedade branca tolera-o. É chegada a hora de provocar uma mudança, a partir dos propósitos do nosso comando para a principal questão inacabada nesse país. É chegada a hora de adotar estratégias de ação que irão produzir um rápido e visível progresso. (KAUFMANN, 2007, p. 174-175)

Essas conclusões, aliadas ao retardamento de medidas oficiais para combater o estado de violência e quase guerra civil, levaram a Suprema Corte Americana, em 1969, a determinar o fim da segregação nas escolas públicas, de uma vez por todas, numa clara afirmação de que não mais toleraria a demora das medidas concretas. (KAUFMANN, 2007, p. 175).

Eis, portanto, no entendimento da autora, a base fática para o aparecimento de políticas afirmativas nos Estados Unidos: a consciência de que o combate à discriminação, por si só era ineficaz, e a presença do negro nos setores da sociedade – inadiável para evitar novos colapsos – deveria dar-se por meio de ações inclusivas. (KAUFMANN, 2007, p. 175).

Já no governo Nixon começaram a aparecer ações afirmativas destinadas a garantir a contratação de negros para o quadro de empregados. As medidas adotadas pelo setor privado garantiam vantagens nas contratações com o poder público. Na década de 70, proliferaram ações afirmativas no âmbito estadual e municipal, em empresas privadas, no comércio, no sistema educacional e em associações. (KAUFMANN, 2007, p. 176).

O incremento dessas medidas só veio a se arrefecer no governo Reagan, para quem as medidas afirmativas significavam intervenção indevida do Estado na economia, além de afastar os brancos das oportunidades, o que não deixava de ser também uma discriminação. (KAUFMANN, 2007, p. 175).

A autora segue abordando o papel do Judiciário na validação das políticas afirmativas, no que se verifica um ativo empenho dos membros do judiciário no sentido de impor a efetivação de medidas assecuratórias da participação do negro nos diversos setores da vida social.

Registro muito interessante é o que trata da manifestação da Suprema Corte na ação que questionou a reserva de vagas ou sistema de cotas para o Departamento de Segurança Pública do Alabama. A Suprema Corte entendeu que

“o sistema de cotas, para o Departamento de Polícia, não ensejaria uma discriminação reversa contra os brancos, porquanto estes haviam se beneficiado, durante anos, da impossibilidade de competirem com os negros nas promoções, já que nunca dantes um negro ingressara na corporação. (KAUFMANN, 2007, p. 181).

Outra manifestação interessante para o presente trabalho, também relatada pela autora, refere-se ao julgamento pela Suprema Corte do sistema de cotas em face do Título VII da Lei dos Direitos Cíveis de 1964. A norma vedava claramente qualquer tratamento

diferenciado em razão da raça e, medidas afirmativas sustentavam-se exatamente na questão racial, ou seja, visavam criar oportunidades de inclusão do negro nos setores da vida social.

No primeiro enfrentamento da questão sob a ótica do princípio da igualdade, ou seja, se este restaria vulnerado quando critério racial fosse utilizado para incrementar o ingresso de negros e outras minorias nas universidades, o denominado “Caso Bakke”, ainda que por maioria bem apertada, a Corte entendeu que critério racial não poderia ser adotado para ações afirmativas. (KAUFMANN, 2007, p. 189-190).

Já em 1980, julgamento semelhante que questionava a viabilidade de ações afirmativas mediante a concessão de vantagens a empresas que implantassem políticas afirmativas, a Suprema Corte entendeu plenamente possível e não ofensiva ao princípio da igualdade uma vez que o objetivo era combater os efeitos da discriminação. (KAUFMANN, 2007, p. 194).

Em 1989, em outro caso semelhante, que questionou o programa afirmativo instituído pela cidade de Richmond, na Virgínia, a Corte proferiu decisão pela inconstitucionalidade do programa positivo de fixar percentuais para que as empresas contratantes com o governo promovessem a subcontratação de outras empresas, Essas pertencentes a grupos minoritários. (KAUFMANN, 2007, p. 202).

Ao apreciar, contudo, os casos da Universidade de Michigan, relacionados a políticas afirmativas de inclusão do negro, a Suprema Corte posicionou-se pela constitucionalidade das medidas. (KAUFMANN, 2007, p. 201-202).

A autora, concluindo sua referência às ações afirmativas nos Estados Unidos, observa a importância que se deve dar ao contexto do surgimento das mesmas. Ou seja, as ações afirmativas americanas não decorreram de uma vontade específica de combater o racismo. As medidas foram tomadas dentro de outro contexto, ou seja, com vistas a apaziguar a incontrolável violência advinda da segregação negra. A convulsão social foi a causa. (KAUFMANN, 2007, pag. 206).

Além disto, deve-se observar que as políticas afirmativas davam uma resposta à comunidade negra no sentido de que o governo estava agindo e, de certa forma, dando uma resposta ou um sinal de que os assassinatos de Kennedy e Luther King não os havia deixado sem defesa. (KAUFMANN, 2007, p. 207).

Ingressando nas reflexões sobre as ações afirmativas no Brasil, a autora reitera a inviabilidade de fundamentá-las nas mesmas bases e sobre a mesma reflexão daquelas experimentadas nos Estados Unidos. Trata-se de realidades diferentes. Diz a autora:

No Brasil, dois fatos principais parecem conduzir à necessidade de uma análise toda própria da questão: nunca houve um sistema de segregação institucional entre as raças, seja por meio de leis, de decisões judiciais ou de atos de governo. Além disso, a forma como fomos colonizados nos levou à formação de uma sociedade altamente miscigenada. O estudo do tema no Brasil precisa ser feito a partir de paradigmas totalmente distintos dos adotados pelos norte-americanos. (KAUFMANN, 2007, p. 194).

Kaufman sustenta que a discussão do tema no Brasil parece não acontecer de forma espontânea, isto é, não parece ter uma causa que fomente ou induza a necessidade de discutir e agir no sentido de implementar ações afirmativas. Diferentemente, nos Estados Unidos houve uma segregação patrocinada pelo governo, institucionalizada, onde os negros foram deliberadamente excluídos das oportunidades. (KAUFMANN, 2007, p. 211).

No Brasil, no entanto, não há como reunir indícios fortes para se demonstrar que o problema da inserção do negro nas camadas sociais mais elevadas decorra exclusivamente da cor da pele. (KAUFMANN, 2007, p. 211).

Portanto, copiar o sistema norte-americano é um grande equívoco. É preciso indagar se a falta de representatividade dos negros em determinados setores e esferas da sociedade tem como consequência uma segregação consciente em termos de raça. Ou então se essa ausência negra tem causas mais complexas, que não podem ser resumidas tão-somente como sendo uma discriminação em razão da cor da pele. (KAUFMANN, 2007, p. 212).

Fatos históricos necessariamente não de ser considerados, como por exemplo, a forma de colonização dos dois países. No Brasil a miscigenação aconteceu de forma natural. Nos Estados Unidos a miscigenação foi proibida, combatida e a segregação estimulada, sustentada por ações do próprio Estado, por meio dos seus três poderes e, ainda, da própria sociedade. (KAUFMANN, 2007, p. 213).

Outra diferença estaria no processo de abolição. Enquanto nos Estados Unidos o processo teve origem em conflitos sociais, estabelecendo ódio entre as raças, no Brasil a abolição veio de uma necessidade econômica. Havia uma considerável quantidade de negros livres antes da abolição, cuja absorção no mercado de trabalho deu-se de forma natural. (KAUFMANN, 2007, p. 215).

Também não houve qualquer restrição a que negros, após a abolição, ocupassem cargos, que frequentassem certos lugares. Boa parte dos abolicionistas era formada por brancos dentre a população urbana. No Ceará e em São Paulo houve engajamento de brancos nas campanhas abolicionistas. (KAUFMANN, 2007, p. 215).

A prudência recomendada pela autora coincide com a manifestação do Prof. Thomaz H. Junqueira de A. Pereira¹¹, para quem qualquer análise comparativa entre as jurisprudências americana e brasileira no que diz respeito às ações afirmativas não prescinde de uma observação histórica da segregação racial legislativa utilizada para exclusão dos negros e, ainda, a inegável segregação residencial de fato, confinando negros em ambientes específicos. (PEREIRA, 2012 p. 3).

Por isso, o descompasso verificado na jurisprudência americana em comparação com a brasileira é um sinal claro da pertinência histórica da evolução de ambas, cada uma atenta aos precedentes de sua realidade. (PEREIRA, 2012 p. 3).

Adentrando o aspecto jurídico da discussão, mais especificamente, a autora destaca a importância de se fazer uma reflexão sobre o princípio da igualdade, admitindo, já de início, que a Constituição de 1988 deu uma dimensão material e não apenas formal, ao referido princípio. De uma feição estritamente formal, apenas proibindo condutas discriminatórias, procura-se a implementação de uma igualdade substancial, material e concreta. (KAUFMANN, 2007, p. 233).

Nesse aspecto, a autora faz coro com todas as demais manifestações já demonstradas no presente trabalho, cuja repetição não faria qualquer sentido. Vale ressaltar, contudo, entender a autora que o sentido de igualdade emergente do Estado Liberal, estritamente formal, não socorre a pretensão de instituir ações afirmativas com *discrimen* a favor dos negros e de certas minorias. (KAUFMANN, 2007, p. 235).

Aborda, também, o argumento da impossibilidade genética de classificar os seres humanos em raças distintas. Conclui que existe, no Brasil, uma multirracialidade, ou seja, há várias raças intermediárias entre os brancos e os negros. De acordo com o IBGE há cinco possibilidades de classificação racial: brancos, pretos, amarelos, pardos e indígenas. (KAUFMANN, 2007, p. 237).

Indica dados do Prof. Sérgio Pena, geneticista da UFMG, que além dos 44% dos indivíduos autodeclarados negros e pardos, existem no Brasil mais de 30% de afrodescendentes, dentre aqueles que se declararam brancos, por conterem no DNA a ancestralidade africana. Assim, os afrodescendentes, no Brasil, constituiriam 62.2% da população e os brancos seriam apenas 37,8% do povo brasileiro. (KAUFMANN, 2007, p. 253).

Com base nesses argumentos – aqui considerados, como ditos – aqueles mais consistentes e com pertinência para o presente trabalho, a autora entende que uma ação

¹¹<http://www.conjur.com.br/2012-out-13/obervatorio-constitucional-1>, acesso em 15/10/2012.

afirmativa não deveria levar em conta a cor da pele, ou motivos de ordem racial. Indiretamente, com base nos dados que indicam ser a população brasileira multicolorida, sustenta que ações sociais efetivas de combate à pobreza poderiam, em melhor escala, diminuir as diferenças apontadas.

3.2 Visões Favoráveis.

3.2.1 Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes.

Para Carla Patrícia¹² o Sistema de Cotas, modalidade de ação afirmativa, é visto como uma consequência ou desdobramento do compromisso do Brasil com os direitos e garantias fundamentais denominado pela autora de *pauta dos direitos humanos*, com lastro no art. 4º, inciso II da Constituição Federal,¹³ item primordial do que denomina Agenda do Século XXI. (LOPES, 2008, p. 73).

O Brasil, portanto, tem compromisso com o absoluto respeito e proteção aos direitos humanos, numa perspectiva universalista, isto é, dando a essa categoria de direitos uma conceituação multicultural, numa dimensão internacional. Em outras palavras, os direitos humanos não se circunscrevem nos limites territoriais de um país e, independentemente de sua posição no corpo do ordenamento jurídico interno, resguarda sua fundamentalidade material. (LOPES, 2008, p. 74).

Em sua opinião, portanto, as políticas afirmativas, com relação à proteção às minorias e às categorias marginalizadas, decorrem da essencialidade dos direitos humanos que se revela na sua universalidade e fundamentalidade. Assegura que:

O ponto de ligação dessas duas vertentes encontra-se na dignidade humana, alicerce e ideal de medidas implementadas com o fim de reconhecer, normatizar e concretizar os direitos do homem. Assim é que os Estados devem atuar na órbita interna de acordo com os padrões de direitos humanos, por meio dos deveres de respeito e de garantia, vale dizer, não violando os direitos da pessoa e assegurando soluções de alguém que tenha seus direitos violados, ao lado de dialogar o ordenamento jurídico doméstico com os modelos internacionais. (LOPES, 2008, p. 74).

Portanto, pautado por essa agenda internacional, o Brasil tem adotado várias posturas no sentido de dar concretude a estes compromissos, as quais assumem a feição do próprio Estado Democrático de Direito que propõe estabelecer e manter (LOPES, 2008, p. 76).

¹² LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **O sistema de cotas paraafrodescendentes e o possível diálogo com o direito**. Brasília: Dédalo, 2008. 235 p. [808924] SEN STJ STF 341.2 L864 SCP

¹³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I...II - prevalência dos direitos humanos

Nesse sentido, anota a posição do Supremo Tribunal Federal nos processos de extradição, cuja concessão se dá mediante a revelação da capacidade do Estado requerente em garantir e assegurar os direitos básicos de um devido processo legal no âmbito de um regime democrático. Além do direito extraditório arrola, ainda, medidas concretas do Poder Executivo no sentido de garantir o respeito aos direitos humanos, tais como o Decreto n.º 4738 de 12.06.2003 que promulga a declaração facultativa prevista no art. 14, *caput* da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹⁴, reconhecendo a competência do Comitê sobre Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção. Ainda o Decreto de 23/07/2004, alterado pelo Decreto de 11/03/2005 que convoca a Primeira Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial e, em seguida, cita o Decreto de 30/12/2004 que instituiu o ano de 2005 como o “Ano Nacional da Promoção da Igualdade Racial”. (LOPES, 2008, p. 76).

Desse olhar institucional para a questão racial surgiram várias outras medidas pontuais, editadas pelo Poder Executivo, com vistas à adoção de ações afirmativas para afrodescendentes, seguindo-se as iniciativas no âmbito do Poder Legislativo, com a mesma finalidade, culminando na criação do Estatuto da Igualdade Racial, por meio da lei n. 12.288 de 20 de julho de 2010, que no seu art. 1º¹⁵ estabelece a sua finalidade de garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, dentre outras garantias. A lei tem sua origem no Projeto de Lei 3.198/2000.

Destaca-se também a edição do Projeto de Lei n.º 73/1999, denominado de Projeto de lei de Cotas, que provocou polêmica no âmbito do legislativo e que depois de várias modificações e somente agora em agosto de 2012, foi aprovado no Senado, estando em fase de sanção pela Presidente da República.

Retornando as ponderações da autora sobre a tomada de posição, com vistas à garantia e proteção dos direitos humanos como parte de uma agenda internacional, não se pode ignorar a importância de sua abordagem quanto à universalidade e fundamentalidade dos direitos humanos, gênero que tem o combate à discriminação racial como espécie. Trata-se de uma orientação política do século XXI, emanada dos organismos internacionais cujo marco

¹⁴Art. 14 – Todo Estado-parte na presente Convenção poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado-parte, de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção. O comitê não receberá comunicação alguma relativa a Estado-parte que não houver feito declaração dessa natureza.

¹⁵**Art. 1º** Esta lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

normativo estaria na Declaração de Viena, em cujo art. 5º estabelece que *todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados* (LOPES, 2008, p. 83).

A autora crê que este esforço internacional para a concretude dos Direitos Humanos não se dá sem oposição, mesmo de países que se fizeram presentes na Convenção de Viena, como delegações da China, do Irã e alguns países africanos que pugnam pela não caracterização da universalidade dos Direitos Humanos, sob o argumento de proteger as particularidades nacionais e regionais em razão da diversidade histórica, cultural e religiosa que se verifica no seio das nações. (LOPES, 2008, p. 74).

O fato é que a Declaração de Viena, até mesmo pelo seu cunho consensual, estabeleceu um marco inovador nas relações internacionais, aproximando conceitualmente a universalidade dos direitos humanos do pluralismo cultural e esboçando um diálogo crescente entre os Estados-nação e entre estes e o mundo globalizado que se avizinha, o que se fará pelo mecanismo da tolerância, que tem como sustentação ideológica o respeito aos direitos humanos. (LOPES, 2008, p.85).

Não sendo possível uma uniformização cultural e existindo nas tratativas internacionais para a garantia dos direitos humanos, uma tensão permanente entre o sentido universal destes direitos, em face das condições locais da sua efetivação, como assevera a autora, a solução requer a formulação de um pluralismo jurídico harmônico, negociado, unindo-se ideia e prática, de forma a aceitar um conceito multicultural de direitos humanos, tendo como vetor principal e eloquente a dignidade da pessoa humana. (LOPES, 2008, p. 86).

Portanto, a universalidade é melhor compreendida e aceita mediante um conceito multicultural dos direitos humanos.

Paralelamente a essa compreensão, a autora advoga a fundamentalidade dos direitos humanos, que no caso do Brasil encontra-se inserida no Título I da Constituição, uma vez que estes direitos são reveladores dos valores supremos da ordem jurídica brasileira (LOPES, 2008, p. 93). Além de os direitos humanos figurarem no rol dos princípios fundamentais da República, o constituinte entendeu por bem projetá-los, também, no Título II, onde os direitos e garantias fundamentais estão previstos, com destaque para a referência às relações internacionais nos §§ 2º, 3º e 4º. (LOPES, 2008, p. 94).

Abordando especificamente o § 2º do art. 5º, a autora evidencia o que chama de *textura aberta* dos direitos fundamentais, consignando uma visão também aberta do Direito, sobressaindo o fenômeno da *alopoiese* que legitima o direito por meio de componentes

exteriores e que lhes estão à volta, ou seja, os sistemas político, econômico, social e cultural, no que assume um caráter nitidamente multidisciplinar. (LOPES, 2008, p. 94-95).

Os direitos fundamentais, portanto, não se restringem àqueles insculpidos no texto constitucional. Nesse aspecto a própria Constituição se faz aberta, possibilitando a manifestação de seu caráter político e de comprometimento social. Daí, ou seja, desta abertura da Constituição para direitos não explicitamente abrigados no seu bojo, decorre a dupla função da fundamentalidade dos direitos humanos: a formal e a material. A formal, representada pela presença da proteção dos direitos humanos na cúpula da estrutura escalonada da ordem jurídica, submetidos que foram a um processo legislativo regular. A material, decorrente da possibilidade de, com elas, tomarem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. (LOPES, 2008, p. 96).

É por intermédio do conceito de normas materialmente constitucionais que se viabiliza a assimilação de direitos fundamentais implícitos e decorrentes, bem assim de produção normativa internacional, pelo ordenamento pátrio, alçando-os todos à estatura de ordem constitucional. E é por essa dimensão que se deve investigar a adoção de políticas públicas compensatórias, eis que apenas pela ótica da constitucionalidade material é que se pode justificá-las-se for o caso – à vista da letra dos arts. 3º inciso IV e 5º, caput, da Constituição brasileira atual. (LOPES, 2008, p. 96).

Nesta altura já é possível assegurar a adequação de uma leitura específica do princípio da igualdade com vistas a justificar a implantação de ações afirmativas como a questionada na ADPF 186. Trata-se de uma medida que se sustenta constitucionalmente, porquanto previstas não só nas disposições estruturantes da natureza do Estado brasileiro, mas, também, presente em instrumentos normativos internacionais que adentram o sistema jurídico no *status* de norma constitucional.

Na segunda edição de sua obra *Direito Constitucional Internacional*, Celso D. de Albuquerque Mello¹⁶ (2000, p.141), tratando do princípio da igualdade no plano internacional discorre sobre postura claramente aplicável na apreciação do princípio da igualdade em situações fáticas internas. Diz o autor:

O princípio da igualdade parece ter a sua origem no século XVII com o fim das guerras de religião na Europa.

A igualdade é algo que interessa a todo o sistema internacional. Tucker começou o seu livro com a seguinte frase: “A história do sistema internacional e, por excelência a história da desigualdade”. O próprio equilíbrio do poder, que serve, muitas vezes, para garantir a independência

¹⁶ *Direito Constitucional Internacional: uma introdução: Constituição de 1988*. Celso A. Mello – 2 ed. Ver. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

de pequenos estados, também “funciona para sacrificar os interesses dos fracos”. O Direito, como dizia Marx, é sempre “direito de desigualdade”. “E mais, se é desejada uma “igualdade de oportunidades para os estados” a fim de se estabelecer uma ordem internacional justa,” competição não será justa, vez que as condições de partida são desiguais”. (MELLO, 2000, p. 141).

Também, no objetivo de estabelecer critérios para a eliminação dos efeitos da discriminação sofrida pelos negros no Brasil, é indispensável o estabelecimento de ações que coloquem negros e brancos nas mesmas condições de disputa na fruição de bens e utilidades públicas.

Portanto, à parte de um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais internas, dando sustentação às políticas afirmativas, há todo um ambiente jurídico internacional impulsionando a implantação das mesmas, como exemplifica a autora com o preâmbulo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.¹⁷

Na opinião da autora, verificando-se o propósito de assegurar o princípio da igualdade com a eliminação progressiva dos efeitos da discriminação racial, urge definir o sentido das expressões igualdade e discriminação no âmbito do direito internacional. E, não é difícil perceber que a discriminação a que se referem os dispositivos internacionais conforme o acima referido tem conotação de exclusão em consequência da intolerância. Já, quanto à igualdade efetiva, o sentido não se restringe ao combate ou vedação propriamente ditos da discriminação, mas, sobretudo, a implantação de estratégias promocionais capazes de desfazer, por meio da inclusão dos desfavorecidos nos espaços sociais, as desigualdades acumuladas historicamente. (LOPES, 2008, p. 116).

Essa possibilidade não se dá por mera extensão do sentido de igualdade aleatoriamente. A própria Convenção em referência, no seu art. 1º § 4º excepciona do conceito de discriminação aquelas medidas que estabelecem *discrimen* com o objetivo de promover de forma igualitária o exercício dos direitos humanos. Diz o texto do § 4º do art. 1º:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos

¹⁷ Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para liminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas racistas e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação racial e discriminação racial.

separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Esclarece a autora:

Tem-se, pois, que as normas voltadas à vedação de discrimen em razão de raça e cor devem ser interpretadas com o duplo sentido que vem de ser descrito pelo art. 1º e seu § 4º da Constituição, ou seja, sob a ótica do binômio inclusão-exclusão. Essa linha de raciocínio desenvolvida aqui é apontada como solução para a aceitação do parâmetro de constitucionalidade a ser reconhecido para o sistema de cotas para afrodescendentes no Brasil. (LOPES, 2008, p. 116).

A partir desta visão, Carla Patrícia assevera que o princípio da igualdade deve ser interpretado destacando-se os critérios autorizadores de distinção das pessoas e situações, até de modo a justificar os agrupamentos de “iguais” e “desiguais”. Ou seja, pode-se criar discriminação em sentido positivo, desde que se atenha aos limites da razoabilidade e da proporcionalidade. (LOPES, 2008, p. 129).

Seguindo o seu magistério sobre a experiência das cotas nas universidades brasileiras, que no seu sentir atende a um imperativo categórico à integração do país à órbita externa, a autora sustenta que as medidas inserem-se num movimento geral de inclusão desencadeado no ensejo do reconhecimento oficial por parte do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 1990, de que as relações sociais no Brasil são marcadas pelo preconceito racial. Essa postura rompe com a chamada democracia racial que se consubstancia na denominada mestiçagem benigna. (LOPES, 2008, p. 177).

Especificamente em relação à UnB, a autora apresenta dados estatísticos mostrando a enorme disparidade entre a presença de negros e brancos, os quais não são referidos nesta altura do presente trabalho em razão de que nas Audiências Públicas realizadas no ensejo do julgamento da ADPF 186 foram ofertados dados atualizados e em profusão, os quais foram abordados quando da análise das discussões nas referidas audiências.

A partir dos dados faticamente justificadores de uma intervenção eficaz visando à reversão da perversidade da distancia entre negros e brancos, a autora propõe uma abordagem jurídica que sustente a implementação do sistema de cotas, tendo por premissas, conforme afirma, a solução interdisciplinar e a viabilidade constitucional do procedimento. Essa possibilidade, ou seja, o abrigo constitucional de medidas positivamente discriminatórias decorre da apreensão do princípio da igualdade a partir do pressuposto da equidade, tomando essa não no sentido de imparcialidade irrestrita, mas, sim, no sentido de concebê-la sob o palio do conteúdo político-moral da solidariedade. (LOPES, 2008, p. 180).

Nesse ponto a autora identifica-se com o magistério do Doutor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, professor de direito na Universidade Federal do Ceará¹⁸ para quem:

A solidariedade implica, por outro lado, a corresponsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário...A princípio, existindo situações de desigualdade a superar, a titularidade e tutela de tais direitos fundamentais não poderiam ser atribuídas de modo universal, mas, ao reverso, discriminatório, vem a ser, apenas aos excluídos, buscando-se atingir, quanto ao mínimo vital, uma igualdade efetiva entre todos quantos se encontrem em situação de desigualdade material. (DINIZ, 2008, p. 35-36).

O Estado teria o dever de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais. Longe de conter simples exortações ou conselhos, mas também reconhecendo ao legislador democrático e ao poder executivo a necessária liberdade na escolha de meios com vista à realização dos programas sociais, a Constituição requer e prescreve o empenho dos poderes públicos para atingir estes objetivos... (DINIZ, 2008, p. 37).

A seguir, o enfrentamento dos principais argumentos desfavoráveis ao sistema de cotas.

A primeira objeção que se levanta em desfavor das cotas, arrolada pela autora tem relação com o *mérito*. Conforme se vê nos debates das partes envolvidas, há uma pretensão de resguardar o mérito como critério de garantia da igualdade, na medida em que o ingresso na universidade é precedido pela comprovação da vantagem de uns sobre outros mediante a avaliação das competências e habilidades pessoais. Os que sustentam a vulneração do critério meritocrático para seleção de ingresso como um obstáculo à implantação das cotas acrescentam, ainda, que desfeito este critério como exigência de entrada, inevitavelmente ocorreria uma queda vertiginosa no nível do ensino superior e da formação dos profissionais futuros. (ROCHA, 2008, p. 180).

Argumentos nesse sentido são fundamentados no art. 208, inciso V da Constituição Federal¹⁹, que elegeu o mérito de cada um como critério de acesso ao serviço público de educação.

A autora confronta essas objeções servindo-se das lições de Dworkin, para quem a adoção do critério mérito medido exclusivamente pelo teste de inteligência é arbitrário. Demais disso, com fulcro em jurisprudência de alguns tribunais federais, constata que, mesmo no âmbito do sistema de cotas, o critério meritocrático subsiste. O que ocorre é

¹⁸ Em artigo publicado na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3 p.31-48, jul/dez. 2008, publicado no site www.fdv.br/publicacoes/periodicos/.../n3/2.pdf, capturado em 05/09/2012.

¹⁹ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V-acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um

tão-somente oferecer tratamento diferenciado na oferta de vagas a certas categorias tidas como inferiorizadas. No âmbito de cada grupo prevalece, ainda, o critério meritocrático (ROCHA, 2008, p. 110).

Considerar a história dos candidatos às vagas oferecidas pelas instituições de ensino implica, em um primeiro momento, assimilar o caráter substantivo do princípio da isonomia, coerente com a postura aqui adotada, para, a seguir, privilegiar o que se vem intitulado de “mérito subjetivo,”²⁰ categoria informada pela trajetória de vida dos estudantes em disputa. Importante aspecto da análise da narrativa de trajetória dos estudantes negros é a repercussão dos atos discriminatórios enfrentados, o que por si só lhes retira a capacidade de concorrer em igualdade absoluta de condições. Para isso, é imprescindível a convicção de que o racismo à brasileira é fenômeno típico com implicações das mais drásticas, notadamente na falta de possibilidades junto ao sistema educacional, com a crueldade marca pela desautorização de identidade de que se beneficia a elite acadêmica branca. (ROCHA, 2008, p. 181).

A autora aponta, ainda, como argumentos contrários à suficiência da seleção por mérito o fato de que falta correlação entre nota de corte nos vestibulares e o rendimento no curso. Indicando pesquisa realizada por José Jorge de Carvalho (2006: p 50-51 e 192) informa que em cursos como Direito, Administração, Jornalismo e Publicidade, cujas notas de cortes são altas, significando dificuldade de acesso pelos alunos, não apresentam níveis altos de exigência para conclusão das matérias pelos universitários. Por outro lado, nos cursos cuja nota de corte, no vestibular, é baixa, como Matemática e Física, os alunos apresentam enormes dificuldades para concluí-los. (ROCHA, 2008, p. 182).

Outro argumento levantado diz respeito ao grande índice de evasão nas universidades que, em alguns cursos, como os da própria UnB, universo pesquisado, chega ao percentual de 75%. Portanto, o critério de mérito inclui quem não fica e deixa de fora quem poderia ficar. Além disso, é mínima a diferença de notas entre quem entra e quem é excluído nas seleções. Isso indica que muitos pretendentes que não conseguem ingressar estão também preparados. (ROCHA, 2008, p. 182).

Este argumento faz ruir outro sustentado pelos adversários das cotas raciais: baixa no rendimento acadêmico em consequência da queda na qualidade do ensino. Tanto pela ausência de dados confiáveis, como pelas razões acima expostas indicando que nem sempre o mais preparado é selecionado e, ainda, a conclusão dos estudos realizados pelo

²⁰ Critério que pondera não apenas a pontuação numa prova, mas as dificuldades enfrentadas num percurso entremeado por dificuldades financeiras e baixa qualidade do ensino, superada pelo esforço físico. (ROCHA, 2008, p. 181 em nota de rodapé)

IPEA²¹ no sentido de que “a universalização do acesso não significa a universalização da permanência”, o temor é infundado.

Interessante abordagem é feita, ainda, quanto ao período de consolidação das universidades brasileiras – década de 1930 – ainda sobre a influência das teses indicando a necessidade de branqueamento da população como única alternativa para afastarem a inferioridade intelectual, levadas a efeito no final dos anos 1800, início dos anos 1900. O acolhimento desta tese culminou no incentivo à imigração branca, sobretudo no continente europeu, chegando-se ao impressionante número de 3.400.000 imigrantes de 1870 e 1920. (ROCHA, 2008, p. 183).

Fatos como estes estão na gênese do sistema meritocrático, ocasionando os resultados hoje conhecidos: a indiscutível hegemonia branca na comunidade acadêmica (ROCHA, 2008, p. 182).

A autora em referência apresenta dados da UnB indicando que em 2002, 97% dos seus alunos eram brancos. 2% negros e 1% amarelo (ROCHA, 2008, p.204).

Quanto ao decréscimo da qualidade no ensino superior a autora indica dados de pesquisas em quatro universidades²², as quais adotaram o sistema de cotas. Na UFBA, por exemplo, em 2005, a média dos cotistas ficou em 5.5, numa escala de zero a dez, enquanto que a média dos não cotistas ficou em 6.1. Além disso, apontou a pesquisa que em cursos como Teatro, Desenho e Composição e Regência os egressos das cotas tiveram melhores notas. Na UERJ o índice de aprovados em todas as disciplinas dos cursos universitários foi de 49% entre os cotistas e 47% entre os não-cotistas. A evasão entre os cotistas foi de 5%, enquanto entre os não-cotistas o índice foi de 9%. Na Universidade Estadual da Bahia – UNEB, cuja reserva de vagas nos vestibulares chegou a 40% em 2003, a nota média entre os cotistas é de 7.7, enquanto os não-cotistas tiveram média de 7.9. (ROCHA, 2008, p. 185).

Pelo exposto, o argumento da queda da qualidade também não se sustenta.

Ao tratar especificamente sobre a UnB a autora, servindo-se de dados de pesquisas informados por José Jorge de Carvalho (2006), dá conta de que nessa universidade encontra-se o pior perfil de exclusão social, apesar de a mesma pesquisa utilizada informar que um percentual de 32% - bem menor do que nas outras Universidades Federais pesquisadas, como as do Maranhão, Bahia, Paraná, Rio de Janeiro – se autodeclararam negros. (ROCHA, 2008, p. 211).

²¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

²² Unicamp, UFBA, UERJ, UNEB e UERGS.

Utilizando-se, ainda, de dados do IBGE, a autora registra que no Distrito Federal há 45,6% de brancos, 50.6% de pardos e 3% de pretos. Somando-se os componentes da categoria “negro” (pretos e pardos) tem-se o percentual de 53.6% de negros. No entanto, em alguns cursos da UnB, o percentual de brancos é de 80% e nos cursos de Direito e Arquitetura o percentual de brancos sobe para 90%. (ROCHA, 2008, p. 212).

Concluindo a autora chama a atenção para a urgente necessidade de implementar ações afirmativas aptas a corrigirem as distorções, no sentido de compensar as enormes perdas acumuladas pela população negra ao longo da história. A escravidão, de início vista como regime em pleno abrigo da lei, sobreviveu ilicitamente por muitos anos e só foi extinta a partir do momento em que não mais era viável do ponto de vista econômico. A sua abolição não se deu como um ato de atenção ao negro, mas, sim, por conveniência política e econômica.

3.2.2 Ruy Magalhães Piscitelli

Em sua obra “O Estado como Promotor de Ações Afirmativas e a Política de Cotas para o Acesso dos Negros à Universidade” o autor, dentre outras abordagens de menor interesse para o presente trabalho, enfatiza a evolução do conceito de igualdade a partir de sua conotação inicial, nascida da Revolução de 1789. É que no seu nascedouro, a igualdade foi tomada no seu aspecto formal, mediante paradigma abstrato e universalizante de comparação. (PISCITELLI, 2009, p. 46).

Na sua concepção formal, a igualdade tinha como pressuposto que as condições fáticas entre os cidadãos eram equânimes. Ao Estado cabia tão somente posicionar-se como instrumento para garantir as ações e motivações individuais de forma livre e protegida. Na verdade o papel do Estado era de neutralidade. (PISCITELLI, 2009, p. 46).

Os movimentos econômicos e sociais dos séculos XVIII e XIX, principalmente, acabaram por aguçar a desigualdade fática entre os homens, especialmente pelo fato de que as oportunidades, ou mesmo as condições para disputarem as oportunidades, não eram equânimes. (PISCITELLI, 2009, p. 47).

Essa constatação trouxe a certeza de que o princípio da igualdade não poderia ser tomado tão somente no seu aspecto formal. Mesmo nascendo com os mesmos direitos e reconhecidamente iguais, os cidadãos não exerciam, na prática, a integralidade dos seus direitos fundamentais pela incapacidade material de alcançá-los. (PISCITELLI, 2009, p. 47).

Daí, tomar-se, com grande acerto, em nossos dias, a igualdade em seu sentido material, revisitando a ideia da antiguidade clássica, onde se defendia a necessidade de tratar os iguais como iguais e os desiguais de forma desigual. (PISCITELLI, 2009, p. 47).

Em suas palavras:

Com isso, reconhecem-se as desigualdades fáticas entre os destinatários das normas. Assim, por exemplo, o legislador não estará utilizando o princípio da igualdade se estiver, na elaboração da lei, a mesma premissa para cidadãos em disparidade de condições. Contudo, no limite, não poderá haver a criação de distinções individualizadas, senão em categorias de cidadãos, sob pena de cairmos no terreno do arbítrio ou do privilégio, o que seria írrito ao ordenamento como um todo. Diferenciar de modo a corrigir as extremas diferenças já existentes, sim, discriminar, com base em caráter arbitrário e desproporcional, não. (PISCITELLI, 2009, p. 48).

Citando Alexy afirma que o princípio da igualdade desdobra-se em duas regras: a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual. Ambas são aplicadas mediante a ocorrência, ou não, de razões suficientes para o tratamento igual ou desigual. (PISCITELLI, 2009, p. 48).

Sustentando-se em Celso Antônio Bandeira de Mello discorre acerca da existência de condições diferenciadoras, as quais evitam a arbitrariedade. O *discrimen* legal é possível quando a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; quando as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si; possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; quando exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; quando resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (PISCITELLI, 2009, p. 48).

A constatação de que a igualdade há de se efetivar, também, do ponto de vista material, ou seja, deve extrapolar de sua posituação no texto da lei ou da Constituição e alcançar o campo das relações fáticas, conduz à conclusão de que há necessidade de o Estado implementar ações afirmativas com vistas a alcançar conotação de igualdade. (PISCITELLI, 2009, p. 52).

Com esse desiderato é possível promover uma discriminação positiva, ou seja, uma discriminação calculada, tanto na sua intensidade quanto na sua durabilidade com vistas a retirar o princípio da igualdade de uma posição estática – como se vê na concepção liberal –

para uma igualdade dinâmica, própria do Estado social que a Constituição de 1988 ousou inaugurar. (PISCITELLI, 2009, p. 52-54).

O autor chama a atenção para a possibilidade de efetivar-se a denominada *discriminação indireta*, consistente em atitudes dissimuladas, propositalmente escamoteadas e até inconscientes, dirigidas para beneficiar um setor social, em prejuízo da isonomia material. Dada a sutileza, a sua inconstitucionalidade demanda esforço hermenêutico para ser detectada. (PISCITELLI, 2009, pp. 58-59).

Como exemplos de discriminação indireta o autor cita a manutenção de diferenças salariais de certos grupos de pessoas em instituições e empresas; a seleção por mérito que pode esconder uma discriminação principalmente pelo fato de que acaba por manter o *status quo* vigente e acumula séculos de exploração, sobretudo do negro. (PISCITELLI, 2009, p. 59).

Ainda quanto ao critério meritório, com supedâneo em José Jorge Carvalho, argumenta sobre a necessidade de focar a real igualdade de competição entre negros e brancos. Ou seja, há de se fazer uma distinção entre o *mérito do percurso e o mérito da chegada*. Urge privilegiar a paridade entre os cidadãos, conjugando variados critérios para seleção no exame vestibular. Não se trata de advogar a extinção do critério meritocrático, mas, agregar-lhes outras formas de avaliação e preferencialmente eleitas dentro de uma política pública de ações afirmativas. (PISCITELLI, 2009, pp. 58-61).

Especificamente em relação aos negros o autor justifica o acerto e a sua legitimidade na inegável discriminação desse grupo ao longo dos anos, o que criou uma desvantagem prévia em relação a outros setores sociais. O alijamento social sofrido pelos negros dá guarida a ideia de compensação, rechaçada por muitos sob o argumento de que as pessoas de hoje não tem culpa pelo que ocorreu no país há séculos. (PISCITELLI, 2009, p. 48).

Ocorre que a compensação não deve ser tomada na reduzida concepção de culpa, mas de pluralismo jurídico e da dignidade da pessoa humana. Fundamenta-se, também, no princípio da solidariedade e no da diversidade cultural como elemento garantidor de uma igualação de oportunidades, inclusive vocacionadas ao futuro. (PISCITELLI, 2009, p. 69).

O autor não deixa dúvidas quanto à possibilidade jurídica de uma discriminação positiva, inserida em políticas públicas que visem à correção de distorções históricas. Aliás, prática não está relacionada diretamente com uma escolha de instituições públicas. Decorre de recomendações insertas em instrumentos internacionais de que o Brasil é signatário. Essa vontade internacional está caracterizada na constatação de que a educação é

um meio efetivo de inclusão. A relação educação/cultura concebe a educação como processo básico de inserção e socialização. Daí, o acerto em implementar políticas afirmativas com vistas a garantir a presença do negro nas universidades como medidas de inserção social do mesmo, muito embora admita não se tratar de única solução possível. (PISCITELLI, 2009, pp. 69-70). Citando Joaquim Gomes Barbosa, admite que incentivos fiscais a empresas com vistas a incentivar o setor privado no combate aos efeitos da discriminação, além de concessão de bônus e o estabelecimento de preferências constituem-se em medidas coadjuvantes. (PISCITELLI, 2009, p. 71).

Na defesa intransigente da legitimidade das cotas raciais para ingresso nas universidades o autor traz a lume o fundamento da necessidade, também bastante invocado nos votos dos Ministros do STF. Mesmo não negando a existência de discriminação histórica, há necessidade de uma medida interventiva para desfazer seus efeitos? Ou seja, valeria a pena criar uma discriminação reversa? (PISCITELLI, 2009, p. 71).

Respondendo a essas indagações diz o autor:

Dada a situação de extrema exclusão a que hoje esse grupo da sociedade é submetido, a sub-regra da necessidade, da regra da proporcionalidade, pensamos fica justificada na maioria dos programas que já analisamos, ressaltando que, como veremos adiante, essa análise do respeito à proporcionalidade deve ser feita caso a caso. Em outras palavras, é necessário um choque cultural inicial, que só um programa de cotas fixas pode oferecer, tomando-se, todavia, desde o planejamento de tal política, vários cuidados necessários, tais como uma entrevista pessoal com o candidato autodeclarado negro, a temporariedade, a adequação às diferenças raciais regionais, a instituição de programas de apoio aos cotistas ingressantes na Universidade e a compatibilização de tal programa com a necessidade social do candidato cotista negro. (PISCITELLI, 2009, p. 71).

Dado interessante informado e que sustenta essa percepção é que enquanto 47% da população brasileira são negros, somente 2% da massa universitária é representada por negros e, mesmo assim, nos cursos considerados de baixa demanda. Dados do IBGE indicam que em 2000 havia 285 mil médicos no Brasil. Destes, 83% se autodeclararam brancos. Portanto, impossível alcançar uma igualdade entre brancos e negros nas funções mais importantes sem uma intervenção ativa. Daí ser inegável a necessidade de uma política de cotas raciais. (PISCITELLI, 2009, p. 74).

A defasagem na escolarização dos negros também é apontada como causa de perpetuação das diferenças. A média de estudo de pessoas maiores de dez anos, para o conjunto da população brasileira era de 5.3 anos em 1996. Entre os brancos somente a média era de 6.2 anos e, para os negros, apenas 4.2 anos. Este fato, na percepção do autor, com apoio

em Maria do Carmo Bezerra, diminui as chances dos negros na disputa no mercado de trabalho, porquanto, indiscutivelmente, estão menos preparados. A tendência é, portanto, manter e até aumentar as discrepâncias com o passar do tempo. (PISCITELLI, 2009, p. 74).

Para o autor, estes dados desmistificam o chamado mito da democracia racial brasileira, que fundamenta a ideia de que no Brasil não há uma percepção de raças. Há uma clara e pacífica aceitação da inexistência de raças como fator de diferenciação entre pessoas. Este mito foi alentado pelas medidas tomadas pelo IBGE em 1970, por instrução direta do Presidente Médici, mantida pelo Presidente Geisel, que consistiam em retirar os quesitos de cor do censo de 1970 e 1980. A ausência de dados estatísticos mascarou uma situação histórica presente na população brasileira. (PISCITELLI, 2009, p. 74).

Pela sua importância, a seguir os dados fornecidos pelo autor em sua obra²³, indicadores da exclusão negra dos órgãos e instâncias decisórias do país. (PISCITELLI, 2009, p. 76).

Dos 620 procuradores da República, apenas 7 são negros. 98.6% são brancos;
 Dos 77 Ministros dos quatro tribunais, existem 2 negros;
 Dos 970 Juízes Federais, menos de 5% são negros;
 Não há nenhum Ministro negro no STJ e apenas um no STF;
 Dos 465 Procuradores do Trabalho, 7 apenas são negros;
 Dos 513 Deputados Federais, 20 eram negros;
 Dos 81 Senadores, apenas 2 eram negros;
 Dos cerca de 1000 diplomatas, menos de 10 são negros.

O autor conclui afirmando não ser possível imaginar que negros e brancos não devam ser vistos diferentemente pela sociedade. De fato eles são vistos assim. Não se trata de uma postura voluntária e ou consciente. Essa é a realidade. Uma política de cotas raciais, portanto, em sua opinião, não só encontra respaldo numa leitura atualizada da Constituição Federal, em consonância com o contexto internacional, como também mostra-se urgentemente necessária. (PISCITELLI, 2009, p. 82).

Não há a mínima condição de essas diferenças e discrepâncias desaparecerem sem uma intervenção estatal marcada por ações positivas. (PISCITELLI, 2009, p. 82).

²³ Dados de 2005.

3.2.3 José Jorge de Carvalho²⁴

A seguir, o presente trabalho aborda as opiniões do Sociólogo José Jorge de Carvalho que, além de autor de livros e artigos sobre o tema foi também um dos idealizadores, na condição de Reitor, do sistema de cotas da UnB.

Preferiu-se, no entanto, utilizar de seu magistério numa abordagem do tema após a implantação das cotas na UnB, quando faz significativas abordagens sobre as manifestações contrárias e favoráveis apresentadas nas discussões acadêmicas.

Em sua opinião, as cotas provocaram um reposicionamento concreto das relações raciais no meio acadêmico, ainda na graduação, mas com forte tendência para alcançar o nível da pós-graduação, tanto em relação ao corpo discente quanto em relação aos pesquisadores. (CARVALHO, 2006, p. 89).

Da variada gama de argumentos e polêmicas levantados, destaca-se a discussão teórica e epistemológica sobre a legitimidade das interpretações das relações raciais no Brasil. Diante desta constatação o autor propõe considerar a condição racial dos teóricos e as experiências de interação racial que suscitaram ou não as teorias que produziram. (CARVALHO, 2006, p. 89).

Para o autor, as próprias teorias e as interpretações das relações raciais sempre foram, elas mesmas, racializadas e essa circunstância tem como causa o grande afastamento que sempre existiu entre os intelectuais e acadêmicos brancos e intelectuais acadêmicos negros. (CARVALHO, 2006, p. 89).

Soam ilegítimos certos discursos inclusivos proferidos pela intelectualidade branca, nos termos “aqui entre nós as relações raciais são diferentes em relação aos Estados Unidos”, em comparação com a situação de extrema segregação verificada no meio acadêmico. (CARVALHO, 2006, p. 90).

Dos 1.500 professores da UnB, desde sua inauguração em 1961, apenas 15 eram negros. Em 45 anos de existência (à época da pesquisa), mesmo sustentando a condição de instituição inovadora e a pretensão de constituir-se em instrumento de integração do país

²⁴ CARVALHO, José Jorge. O confinamento racial do mundo acadêmico brasileiro. Revista USP, São Paulo, n. 68 p. 88 -103, dezembro/fevereiro 2005/2006.

com o continente latino-americano, a UnB não conseguira mais do que 1% de acadêmicos negros. (CARVALHO, 2006, p. 91).

Na USP, Unicamp, UFRJ e UFRS a proporção de professores negros não passa de 0,2%. Na UFSCAR, 0,5% e, na UFMG, de 0,7%. Essas universidades aparecem no cenário educacional como referência nacional e a realidade de exclusão aparece de forma chocante. (CARVALHO, 2006, p. 91).

Foi deste ambiente, salienta o autor, que saíram todas as teorias que negam a existência de segregação racial no Brasil. Não é razoável que a intelectualidade faça uma leitura da desigualdade racial “lá fora” e não o faça em relação às condições internas. (CARVALHO, 2006, p. 91).

Nas palavras do autor:

Podemos falar aqui, para não esvaziar a palavra “racismo”, de uma situação de confinamento racial vivida por nós, docentes das universidades públicas brasileiras. Se não somos diretamente responsáveis por essa exclusão, nem nos sentimos coniventes com a sua reprodução, então admitamos, pelo menos, para iniciar uma reflexão crítica, que temos sido forçados a desenvolver nossas atividades dentro de um regime de confinamento racial que herdamos das gerações passadas de acadêmicos. (CARVALHO, 2006, p. 92).

Exemplificando, ainda, a situação de confinamento racial, o autor toma por base o número total dos docentes das universidades de pesquisas do Brasil: (USP, UFRJ, Unicamp, UnB, UFRS, UFSCAR e UFMG), cerca de 18.400 docentes. Destes 18.330 são brancos e 70 negros. Ou seja, um percentual de 99,6% de brancos, contra 0,4% de docentes negros. (CARVALHO, 2006, p. 92).

A despeito de os números serem tão evidentes, a segregação racial que deles aflora jamais foi imposta legalmente. Há uma convivência com essa realidade por parte dos docentes e pesquisadores os quais constituem o mundo acadêmico que nada fez, ainda, nem mesmo para analisá-lo mais criticamente. A postura passiva e silenciosa cria um ambiente propício à reprodução da desigualdade. (CARVALHO, 2006, p. 92).

Essa indiferença com o ambiente de segregação provoca no docente negro uma reação também de indiferença, porquanto acaba se sentindo impotente para irromper uma discussão que, em grande parte, diz respeito a ele mesmo. (CARVALHO, 2006, p. 93).

Os dados tornam-se ainda mais assustadores quando confrontados com a composição étnica da população brasileira, formada de 45% de negros, a segunda maior população negra do mundo. É absolutamente inconcebível, assim, ceder-se aos argumentos de uma “democracia racial”, tomando por base a aglutinação de negros e brancos vivendo coletivamente, como se dali pudesse deduzir uma convivência amistosa e com absoluta igualdade, sem atentar para a gritante insignificância negra no ambiente acadêmico. (CARVALHO, 2006, p. 95).

A importância da reflexão sobre o confinamento racial vivenciado pelas grandes universidades decorre do fato de que este modelo é simplesmente reproduzido, consciente ou inconscientemente. Não é difícil prever que os mais de 18.000 docentes brancos, assim como conseguem ignorar a ausência negra no meio acadêmico, nem se deem conta de que, fora da universidade, mantêm-se também, longe de qualquer relacionamento com indivíduos negros. (CARVALHO, 2006, p. 94).

Essa realidade, sem sombra de dúvidas, demonstra que não há a mínima possibilidade de uma igualação nas relações sociais tão somente pelo desdobramento natural dos fatos. Não bastaria os vestibulares não impedirem o ingresso de negros, ou os editais de seleção de docentes serem absolutamente impessoais e de efeitos generalizados. O sistema de convivência e atitudes segregadas reproduz no tempo e reiteradamente, a segregação ambiental. (CARVALHO, 2006, p. 93).

O autor aborda, ainda, com apoio em Maria Lúcia Müller, que o passivo de inclusão racial na docência universitária tem suas causas remotas nas primeiras décadas do século XX, quando uma política estatal visava a retirada dos quadros docentes das escolas públicas os negros e negras. A situação tornou-se ainda mais grave nos anos 30 com a política de eugenia levada a efeito pelo governo brasileiro, na tentativa de “embranquecer” o Brasil, sob argumento fundamentado no racismo científico que a miscigenação negro/branco produzia uma raça inferior e predisposta ao atraso. (CARVALHO, 2006, p. 96).

Acrescenta:

Sintetizando, podemos afirmar com segurança que quando se constituíram as primeiras turmas de universitários no Brasil, nos anos 30, a comunidade negra acabava de ser expulsa dos cargos de docentes das escolas públicas. O pouco capital escolar que os negros haviam acumulado após a Abolição da escravidão foi então severamente desfeito, de modo que ficaram com chances mínimas de competir pelo seletíssimo número de vagas abertas nas universidades do Paraná, Rio Grande do Sul, São Paulo, e Rio de Janeiro. É um fato histórico, portanto, que

a universidade pública no Brasil foi instalada explicitamente sob o signo da brancura. Enquanto esse pressuposto não for criticado e revisado, continuaremos partícipes desse ato racista inicial (CARVALHO, 2006, p. 96).

A incoerência entre o discurso sobre as relações raciais produzidas nesse ambiente de confinamento. Observa que a despeito de uma rejeição ao racismo que estudaram na sociedade, não rejeitaram ou não questionaram o ambiente racista em que viveram. Muito pelo contrário, procuraram legitimar esse ambiente de exclusão como sendo de excelência e mérito. (CARVALHO, 2006, p. 97). Isto indica uma semelhança com a comunidade acadêmica americana que mesmo sendo capaz de atender a altos padrões de excelência científica, não perdeu o viés de instituições racistas e segregacionistas. (CARVALHO, 2006, p. 98).

Essa constatação não é privilégio da universidade brasileira. O autor cita o caso da IBM, empresa americana do setor de processamento de dados, que teria dado suporte técnico ao sistema de controle de ingressos e baixas dos centros de extermínio nazistas. A presença de técnicos durante o cometimento dos massacres, oferecendo os recursos científicos de que dispunha a multinacional americana, sem sofrer nenhuma manifestação de censura mesmo após o final da guerra, é a mais robusta prova de o desenvolvimento científico das universidades nem sempre foi acompanhado de uma consciência quanto ao preconceito racial. (CARVALHO, 2006, p. 98)

Pondera Carvalho que este comportamento reprovável não é muito diferente da atitude da universidade brasileira que mesmo tendo ciência da prática eugenista no início do século passado, bem como da exclusão deliberada de professoras negras das salas de aula – ambas as atitudes patrocinadas pelo Estado – continua fazendo de conta que não viu, não vê e nada tem a ver com a situação (CARVALHO, 2006, p. 99).

Foi nesse clima que as universidades se constituíram como espaços institucionais brancos. Elas expandiram seus contingentes de alunos e professores inúmeras vezes ao longo do século XX, mas não tomaram nenhuma iniciativa para corrigir a exclusão racial que as caracteriza desde sua fundação. Ou seja, havia uma política abertamente racista na hora de iniciar a distribuição dos benefícios do ensino superior; todavia, não houve nenhum protesto ou ação antirracista posterior por parte dos acadêmicos brancos contra os privilégios que receberam em virtude desse racismo estrutural. Pelo contrário, houve grande hostilidade e rejeição à presença de vários quadros negros importantes nos postos docentes (CARVALHO, 2006, p. 99).

No âmbito da discussão das cotas raciais, previa o autor em 2005, questionamentos teóricos e metodológicos muito mais densos e amplos dos que até então vistos. A mestiçagem, em sua opinião, seria vista como uma ideologia racista que visa a desautorizar e a desarmar a afirmação de uma negritude. Da mesma forma, a ideia de democracia racial seria vista como um mito do grupo branco dominante, tornando-se um discurso racializado. (CARVALHO, 2006, p. 102).

De fato todas essas discussões estiveram presentes durante o processo da ADPF 186. Um dos argumentos contrários às cotas raciais de favorecimento do negro é que a medida faz do Brasil uma nação bicolor, fazendo desaparecer a mestiçagem e, com ela, os pardos, os amarelos e outras categorias frutos da miscigenação.

Viu-se também, vastamente, a crítica à denominada democracia racial – inclusive nos votos dos Ministros do STF – lapidada por Gilberto Freyre, como sendo um sinal de não percepção racial da sociedade brasileira. Para boa parte dos intelectuais citados nas inúmeras discussões – como, por exemplo, Fernando Henrique Cardoso – o mito da democracia racial é um mecanismo para esconder o preconceito racial reinante.

Daí, concluir não só pela viabilidade, mas, também, pela necessidade de implantação de cotas raciais, ainda que limitadas no tempo, com vistas a desfazer a desigualdade acumulada há vários anos, inclusive patrocinada por iniciativas do próprio Estado.

2.7 Visões pessoais e parciais.

Concluindo este capítulo, verifica-se pela análise das posições nele inseridas, agora à luz da discussão travada no âmbito da audiência pública e no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que o tema comporta argumentos diversificados. Uma abordagem honesta há de concluir que em ambos os sentidos existem fundamentos que sustentam as posições favoráveis e contrárias.

Em que pese o esforço dos autores que se posicionam em sentido contrário ao sistema de cotas, a existência de efeitos negativos e acumulados a desfavorecer o negro, ainda hoje, é fato inegável. Também é inadmissível concluir que a inexistência de atos oficiais de segregação, diferentemente de como aconteceu nos Estados Unidos, foi suficiente para garantir um ambiente de oportunidades aos negros. Afirmar, por exemplo, que após a abolição não houve qualquer vedação ao acesso do negro ao trabalho, aos meios de subsistência

dignos, bem como a uma educação razoável, com todo respeito, é desconsiderar um viés importante de nossa história.

Importante salientar que essa postura de entender que não fizemos nada, no passado, no sentido de impedir o progresso na raça negra, como que dizendo: o negro não prosperou porque não quis, é a expressão da mais absoluta hipocrisia. Pode-se afirmar que o não racismo no Brasil é hipócrita.

Por outro lado, a existência de brancos pobres e em profusão – fato também incontestável – não pode servir de argumento para não se atentar para a necessidade de desfazer os efeitos da discriminação especificamente em relação ao negro. Ainda que fossem possíveis medidas afirmativas que atendessem às duas necessidades ao mesmo tempo, a inexistência de tal providência não inviabiliza as ações especificamente para o negro.

Quanto às manifestações no sentido de não se poder admitir a existência de raças, do ponto de vista científico, no que há consenso mesmo entre os favoráveis ao sistema de cotas, observa-se que os fatos, no Brasil, dão conta de que também na consciência da população brasileira a percepção de raça tendo o negro como outra espécie realmente não existe. Daí ser correta a conclusão de se tratar de um preconceito de cor, ou seja, em razão da cor da pele.

Nesse ponto pondero que os argumentos no bojo da ADPF 186 dão conta disto. Ou seja, não havendo um preconceito de raça propriamente dito, como há nos Estados Unidos, onde a ancestralidade é levada em consideração, a adoção de critérios puramente externos, isto é, que considerem tão somente a cor da pele é a melhor saída. Ataca o preconceito exatamente no ponto em que ele é praticado. Portanto, mesmo quem tenha na ancestralidade componentes familiares negros, mas, é fenotipicamente branco, poderia não ser beneficiado. Mas, por outro lado, por não ser negro, (tomado como tal pela cor da pele) não estaria a sofrer qualquer espécie de discriminação, já que o objeto desta é a cor negra da pele.

Também há consenso quanto a ser possível uma interpretação do princípio da igualdade conforme positivado no texto constitucional para abrigar medidas positivamente discriminatórias. Ou seja, ao dar tratamento desigual aos negros em relação aos brancos estar-se-ia exatamente dando efetividade ao comando do princípio da igualdade, posto que, de outra forma, ela jamais poderia ser vivenciada ante as impossibilidades decorrentes da falta de equalização das oportunidades historicamente verificada.

Nesse aspecto, aliás, é oportuno referir-se à ressalva feita pela autora Roberta Fragoso, que também atuou na ADPF 186 na condição de advogada do autor, em sua peça inaugural, ao afirmar que não se tratava de uma ação contra as ações afirmativas como um

todo, portanto não se buscava o julgamento de inconstitucionalidade das ações afirmativas como políticas públicas. Também não se tratava de negar a possibilidade da existência delas ao abrigo do princípio da igualdade tal como inserto na Constituição Federal. Na ocasião ponderou tratar-se de um levante contra as cotas raciais no modelo instituído pela UnB.

Portanto, pessoalmente, alinho-me à corrente favorável às cotas raciais, no Brasil, e em especial a adotada pela UnB, por restar-me convencido de que ela não caracteriza uma discriminação reversa. Se há necessidade de políticas afirmativas que contemplem também o pobre branco este fato não pode servir de argumento para não se viabilizar a atenção reparatória em relação ao negro especificamente.

Demais disto, estou convencido, também, de que a garantia do princípio da igualdade é um comando proativo, ou seja, não se limita a criar uma ordem jurídica sancionadora da prática discriminatória. É fundamental atentar para o fato de que mesmo não sendo discriminado, ostensivamente, como nos Estados Unidos, não é possível ao negro recuperar a custa do seu próprio esforço, tão somente, a grande disparidade entre as condições para concorrerem às vagas nas universidades.

3 O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADPF 186: A COTA RACIAL NA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DAS PARTES E DEMAIS ATORES PROCESSUAIS.

3.1 O caso submetido ao tribunal e a petição inicial.

Em 20 de julho de 2009, o partido DEMOCRATAS propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental visando à declaração de inconstitucionalidade de vários atos e dispositivos do Poder Público que resultaram na instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília UnB²⁵:

No STF a arguição levou o número 186-DF e foi distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski, que a relatou.

A UnB reservou 20% das vagas oferecidas no vestibular para afrodescendentes, mediante critérios de autodeclaração, associada à verificação de aptidão, feita por uma comissão específica designada pela Universidade.

O requerente fundamenta sua pretensão na violação dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, a saber: Art. 1º, *caput* (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); Art. 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); Art. 4º, inciso VIII (repúdio ao racismo); Art. 5º, inciso I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos); XLII (combate ao racismo); LIV (devido processo legal – princípio da proporcionalidade).; Art. 37, *caput* (princípio da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade e da moralidade, corolários do princípio republicano); Art. 205 (direito universal à educação); Art. 206, *caput* e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino); Art. 207, *caput*, (autonomia universitária); Art. 208, inciso V (princípio meritocrático).

²⁵ Ata da Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE), realizada no dia 06 de junho de 2003; Resolução n.º 38, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília; Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da UnB, especificamente os pontos: I-Objetivos; II – Ações para alcançar objetivos; permanência; caminhos para a implementação. Edital do Vestibular no item 2, subitem 2.2; 2.2.1; 2.3, subitem 3.9.8 e item 7 e subitem, do Edital n.º 2, de 20 de abril de 2009, do 2º vestibular de 2009, do CESPE – Centro de Seleção e de Promoção de Eventos – órgão que integra a Fundação Universidade de Brasília e organiza a realização do concurso vestibular para acesso à UnB .

3.2 A petição inicial do autor – Partido Democratas.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no âmbito do Supremo Tribunal Federal levou o n.º 186 e foi proposta pelo DEM - Partido Democratas e questionou a compatibilidade da política de cotas para negros e pardos adotada pela Universidade de Brasília com preceitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Os argumentos apresentados podem ser resumidos da seguinte forma:

A Universidade de Brasília editou sucessivos atos os quais atingiram preceitos fundamentais diversos, na medida em que estipularam a criação da reserva de vagas de 20% para negros no acesso às vagas universais oferecidas pela instituição universitária.

Ao estabelecer o critério da heterodeclaração²⁶ a UnB acabou por instaurar um verdadeiro ‘Tribunal Racial’, composto por pessoas não identificadas e por meio do qual os direitos dos indivíduos ficariam, sorrateiramente, à mercê da discricionariedade dos componentes.

A pretensão, na arguição, não visou questionar a constitucionalidade de ações afirmativas como políticas necessárias para a inclusão de minorias, ou mesmo a adoção do modelo de Estado Social e a existência de racismo, preconceito e discriminação na sociedade brasileira. Acentua, dessa forma, que a arguição impugna, especificamente, a adoção de políticas afirmativas “racialistas”.

Questiona se a “raça”, isoladamente, pode ser considerada no Brasil um critério válido, legítimo, razoável, constitucional, de diferenciação entre o exercício de direitos dos cidadãos.

Defende o autor, com isso, que o acesso aos direitos fundamentais no Brasil não é negado aos negros, mas aos pobres e que o problema econômico está atrelado à questão racial.

Alega que o sistema de cotas da UnB pode agravar o preconceito racial, uma vez que institui a consciência estatal da raça, promove ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gera discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecer a classe média negra.

Afirma que o edital, nos itens em que tratou da reserva de vagas, violou o princípio da igualdade e da dignidade humana, na medida em que ressuscita a crença de que é possível identificar a que raça pertence uma pessoa. Assim, indaga a respeito da

²⁶ A identificação racial feita por terceiros, no caso uma Comissão especialmente designada que entrevista os interessados e emite parecer conclusivo sobre a condição de ser ou não negro.

constitucionalidade dos critérios utilizados pela comissão designada pelo CESPE para definir a “raça” do candidato, afirmando que saber quem é ou não negro vai muito além do fenótipo.

A petição ressalta, ainda, que a aparência de uma pessoa diz muito pouco sobre a sua ancestralidade. Refere, com isso, que a “teoria compensatória”, que visa à reparação do dano causado pela escravidão, não pode ser aplicada num país miscigenado como o Brasil.

Na inicial, é frisado que, nos últimos 30 anos, estabeleceu-se um consenso entre os geneticistas segundo o qual os seres humanos são todos iguais e que as características fenotípicas representam apenas 0,035% do genoma humano. Aponta-se, dessa forma, o perigo da importação de modelos como o de Ruanda e o dos Estados Unidos da América.

Sustenta-se, ademais, que os dados estatísticos referentes aos indicadores sociais são manipulados e que a pobreza no Brasil tem “todas as cores”.

As cotas raciais instituídas pela UnB violam o princípio constitucional da proporcionalidade, por ofensa ao subprincípio da adequação, no que concerne à utilização da raça como critério diferenciador de direitos entre indivíduos, uma vez que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior. Sugere que um modelo que levasse em conta a renda em vez da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros.

Houve violação, ainda, do art. 37 *caput* da Constituição Federal pela inobservância dos princípios da impessoalidade, porquanto os atos atacados criam privilégios a uns em detrimento de outros;

Ofende, ainda, ao princípio republicano e demais disposições que configuram o Estado brasileiro, sobretudo a que veda o racismo, haja vista que a iniciativa do UnB impõe a conceituação e reconhecimento da existência de raça e, conseqüentemente, cria *discrimen* com base nela.

Vulnera, também o princípio na publicidade na medida em que institui uma Comissão especial para cancelar ou não a auto declaração do candidato ao benefício, instância cujos membros não são identificados;

A medida ofenderia, ainda, ao comando constitucional do art. 208, V, que garante o acesso à educação mediante a medição do mérito de cada um.

A inicial faz inúmeras abordagens secundárias em relação aos itens acima descritos. No entanto, as posições resumidamente acima referidas englobam os argumentos principais.

3.3 Manifestação da AGU.²⁷

A Advocacia Geral da União, na defesa da subsistência dos atos atacados, manifestou-se com os seguintes argumentos:

O racismo é um fenômeno discriminatório de duração secular e seus efeitos deletérios ainda estão presentes. (Manifestação da AGU, na Audiência Pública. 2012, ADPF 186-DF).

A história registra a densa presença dos negros na formação do povo brasileiro, a qual originou da violência do regime escravocrata. O impacto do escravismo, contudo, sempre foi relativizado e nem sempre foi levado em consideração, chegando-se instituir a ideia da chamada “democracia racial” brasileira. (Manifestação da AGU na Audiência Pública. 2012, ADPF 186-DF).

Não se pode negar, contudo, principalmente a partir das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, no curso da ADPF 186,²⁸ que há uma inferioridade gritante do negro em relação ao branco na sociedade brasileira. Não se trata de um fenômeno implícito, como advogam alguns. A discrepância se exterioriza, particularmente, na ausência do negro nas universidades, tanto em seu corpo docente, como discentes. Cita dados da manifestação do representante do Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo, Prof. Kabengele Munanga, o qual declarou ter sido o primeiro e único professor negro daquela instituição, quando nela ingressou em 1980. Além disto, afirmou também o referido professor que na África do Sul, onde o racismo era abertamente institucionalizado, havia mais negros no final do regime de segregação com diploma de curso superior do que no Brasil hoje.²⁹ (AGU, ADPF 186, p. 748)

Do mesmo modo, a desigualdade é constatada a partir das informações referentes a pessoas com ensino superior concluído. Em 1997 9.6% dos brancos e 2.2% dos pretos e pardos tinham nível superior completo no País; em 2007, esses percentuais eram, respectivamente, de 13.4% e 4.0%. (AGU, ADPF 186, p. 748).

A desigualdade persiste não só no ensino universitário, mas também em relação à renda, expectativa de vida, mortalidade infantil, acesso a saneamento e aos cargos e funções nos quadros públicos.³⁰ (AGU, ADPF 186, p. 750)

²⁷ Argumentos colhidos na peça processual firmada pelo então Advogado Geral da União José Antônio Dias Toffoli e, ainda, na participação do Órgão na Audiência Pública.

²⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>

²⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>

³⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>

Não tem força o argumento da inexistência de categorias raciais do ponto de vista científico. Isto porque, conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal, há uma concepção de raça como uma *representação mental para uma realidade histórico-social de discriminação, onde um grupo social dominante cria valores culturais hábeis a subjugar outros segmentos de menor expressão*.³¹ (AGU, ADPF 186, p. 751)

Portanto, irrelevante a admissão ou não do conceito de raça, do ponto de vista científico. Trata-se de um comportamento interiorizado na cultura dominante do branco. E, mais do que isto, a discriminação deu-se, sempre, em razão da cor, o que também torna irrelevantes questões ligadas à ancestralidade. Não é relevante o argumento de não se poder corretamente distinguir as linhas da ancestralidade diante da grande miscigenação racial ocorrida no Brasil. Trata-se de um preconceito quanto à cor da pele, da aparência. (AGU, ADPF 186, p. 751)

A Constatação de uma cultura dominante que admite uma hegemonia de brancos em relação a negros na sociedade brasileira levou o constituinte a não só autorizar, mas a impor a instituição de políticas públicas voltadas para o combate à discriminação de qualquer espécie, em especial a racial. (AGU, ADPF 186, pp. 740/744).

Essas disposições estão insculpidas no art. 1º, inciso III, quando estabelece que o Estado Democrático de Direito fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, constituindo objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante a redução das desigualdades sociais, e promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, conforme determina o art. 3º, I, IIIIV da Constituição Federal. (AGU, ADPF 186, pp. 740-742).

Nesse ponto, ante a grande pertinência, vê-se oportuna a abordagem do tema da solidariedade social como princípio constitucional feita pelo Professor Doutor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz³².

O primeiro contato com a noção de solidariedade mostra uma relação de pertinência: as nossas ações sociais repercutem, positiva ou negativamente, em relação a todos os demais membros da Comunidade. A solidariedade implica, por outro lado, a co-responsabilidade, a compreensão da *transcendência* social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário.

Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão *ética*, em virtude do necessário *reconhecimento mútuo* de todos como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigências recíprocas de ajuda ou sustento.

³¹ HC 82.424/RS. Relator: Min. Moreira Alves, julgamento: 17/09/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 17.09.2003

³² Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31--48, jul./dez. 2008

A solidariedade, desse modo, exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros. Pede diálogo e tolerância. Pressupõe um *reconhecimento ético* e, portanto, co-responsabilidade.

A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico-constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação.

O próprio combate ao racismo foi eleito pelo Poder Constituinte como um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais, conforme preceitua o art. 4º, VIII da Carta Maior. (AGU, Audiência. Pública. ADPF 186-DF).

Há uma expressa referência a ações afirmativas de proteção dos segmentos sociais tidos por vulneráveis, como as mulheres e deficientes físicos.

Inobstante as disposições constantes no Texto Constitucional de 1988, na verdade a adoção de normas de combate ao racismo consta de instrumentos internacionais firmados pelo Brasil desde 1968, como é o caso da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a qual prevê, em seu artigo 1º. § 4º, a possibilidade de ações afirmativas, mediante a adoção de medidas de proteção tomadas com o intuito de garantir o progresso de certos grupos raciais ou étnicos. (AGU, Audiência. Pública. ADPF 186-DF).

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro não só autoriza mas determina o tratamento diferenciado, no caso, para os negros e pardos, validando, assim, as iniciativas nesse sentido. (AGU, Audiência. Pública. ADPF 186-DF).

Além da compatibilidade com os dispositivos constitucionais já mencionados, a política afirmativa adotada pela UnB guarda relação com os subprincípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade. (AGU, ADPF 186, p. 755).

É adequada porque revela aptidão para produzir o resultado proposto. As diferenças em relação aos negros e brancos revelam-se em razão da falta de oportunidades historicamente verificada. Portanto, há necessidade de impor medidas que forcem a equalização destas oportunidades. Isto é possível mediante a denominada discriminação positiva³³. (AGU, ADPF 186, pp. 755-759).

Somente ações com certa discriminação do ponto de vista positivo poderiam afastar os efeitos da grave disparidade entre negros e brancos no quadro docente, por exemplo, da UnB. Em 2003, dos 1.500 professores apenas 15 eram negros. Ou seja, depois de

³³ Termo utilizado para identificar as políticas afirmativas na Europa, conforme informa Joaquim Barbosa Gomes, em artigo publicado na revista eletrônica Mundo Jurídico: O debate constitucional sobre as ações afirmativas: WWW.mundojuridico.adv.br

quarenta anos de existência da Universidade, apenas 1% de seu quadro docente tem cor negra³⁴. (AGU, ADPF 186, p. 756).

A discriminação positiva serve, ainda, à concretização da igualdade material, dando efetivação ao princípio da igualdade. A garantia da igualdade tão somente na lei, na medida em que se asseguram direitos a todos sem considerar as possibilidades de acesso às oportunidades oferecidas pela própria sociedade não se revelou suficiente para desfazer as diferenças históricas verificadas entre brancos e negros. (AGU, ADPF 186, pp. 739-742).

Há uma desigualdade histórica relacionada, certa e indiscutivelmente com a escravidão. Daí a conotação de justiça reparatória advinda das políticas afirmativas de que a adotada pela UnB é uma espécie. Persiste o hiato entre brancos e negros não somente do ponto de vista quantitativo, ou seja, da quantidade de negros em relação aos brancos nas universidades. Há diferenças enormes no próprio nível de escolaridade que chega a ser de (2) dois anos, como informam dados do IPEA, apresentados na audiência pública realizada pelo STF.³⁵ (AGU, Audiência. Pública. ADPF 186-DF).

Indiscutivelmente o déficit educacional e dificuldade de acesso ao ensino superior são fatores que contribuem para a perpetuação do estado de marginalização econômica vivenciado pela comunidade negra, uma vez que, conforme dados do IBGE produzidos no âmbito do PNAD de 1998, a renda auferida pelos indivíduos que completaram o ensino superior é, na média, substancialmente superior à renda daqueles que não chegaram às universidades. (AGU, ADPF 186, pp. 748-750).

Outra consequência do processo de marginalização que afetou os negros é a ausência de diversidade cultural na própria universidade. Aliás, essa diversidade é visada nos instrumentos constitutivos da UnB. Trata-se de uma proposta constante, portanto, desde sua origem, e esquecida ao longo de sua história. (AGU, ADPF 186, p 758).

Considerando a disparidade entre a população branca e negra no âmbito das universidades, a diversidade e pluralismo necessários não só ao desenvolvimento institucional, mas, ao próprio cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil, insculpidos na Constituição Federal restam inviabilizados. (AGU, ADPF 186, p 758).

A produção do conhecimento no seio das Universidades representa uma possibilidade de irromper, socialmente, com as diversas barreiras que dificultam o desenvolvimento. Portanto, se o ensino e as experiências colhidas nas pesquisas e extensões

³⁴ <http://www.stf.jus.br?portal/cms?verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=121027&caixaBusca=N>>

³⁵ <http://www.stf.jus.br?portal/cms?verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>

universitárias não traduzem diversidade e pluralismo, a distância em relação às oportunidades tenderá a aumentar sempre. (AGU, ADPF 186, p 758).

Portanto, a política afirmativa do UnB é adequada e idônea para produzir o efeito esperado na diminuição das desigualdades verificadas.

A AGU sustentou, ainda, que a iniciativa da UnB, em hipótese alguma, poderá suscitar o acirramento do preconceito racial e fomentar a discórdia entre brancos e negros, como tenta fazer crer o autor, inclusive citando exemplos de conflitos internacionais de Ruanda. Desde o seu início, a política não suscitou nenhum incidente que pudesse recomendar a sua não adoção. (AGU, ADPF 186, p 763).

Por outro lado, o que corrobora, ainda mais, a adequação e acerto da iniciativa, deve-se atentar para a transitoriedade da medida. Ou seja, é uma política com termo final fixado e com o objetivo de implantar a necessária igualdade material entre brancos e negros quanto ao ingresso na universidade. Alcançado o seu objetivo, a medida não será mais necessária e deixará de ser aplicada. (AGU, Audiência Pública, ADPF 186-DF).

Também é insubsistente a alegação de que a política de cotas colidiria com o sistema meritocrático constitucionalmente definido no art. 208, V, da Constituição Federal.

De fato, o comando contido no referido artigo e inciso deve ser lido a partir do influxo dos valores da igualdade, da fraternidade e do pluralismo, que, em conjunto, impõem a designação dos candidatos que pretendem ingressar no ensino superior, de modo a compensar a situação de inferioridade fática em que se encontram os negros e as injustiças históricas por eles sofridas, permitindo a concretização do postulado da igualdade material. (AGU, ADPF 186, p 758).

Não são consistentes, também, as alegações de que há baixo rendimento dos acadêmicos cotistas, bem como da afirmação de que essas diferenças de rendimentos acompanhariam o acadêmico negro até mesmo após a conclusão do curso. Na verdade, a média de aproveitamento dos cotistas é de 3.43, contra 3.53 dos não cotistas, numa escala de zero a cinco.³⁶ (AGU, Audiência Pública, ADPF 186-DF).

Conclui a Advocacia Geral da União pela necessidade da Política de Afirmção traduzida na reserva de 20% das vagas oferecidas pela UnB, em razão, inclusive, da adequação ao não impor sacrifício significativo de outros direitos.

Requer a improcedência da ação.

³⁶ Dados fornecidos pelo Prof. Jose Jorge de Carvalho da UnB, disponíveis da página - [HTTP://www.stf.jus.br/portal/cms/ver/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121027&=caixaBusca=N>](http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121027&=caixaBusca=N>)

3.4 Manifestação da Procuradoria Geral da República – PGR.³⁷³⁸

Para a Procuradoria Geral da República o princípio da igualdade, tal como concebido pela Constituição Federal, é compatível com políticas afirmativas. Além disto, impõe ações capazes de efetivá-lo com vistas a fazer desaparecer as desigualdades acumuladas historicamente. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

A Constituição de 1988, inserida no modelo de constitucionalismo social, não se contenta com a postura do Estado tão somente vedando e, às vezes, até punindo, a prática da discriminação, mas vai mais longe para exigir ações concretas para desfazer os efeitos da discriminação. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

Ao utilizar expressões normativas como reduzir, erradicar, construir, promover, a Constituição propõe um Estado proativo, que realiza; que age para mudar a situação existente. Exemplos disso são as expressas exigências quanto à implantação de medidas que protejam a mulher no trabalho, que dispense tratamento privilegiado aos deficientes físicos. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

Para a PGR, ainda, o combate à desigualdade não deve circunscrever-se no âmbito econômico, ou seja, não apenas no campo da distribuição de bens escassos, mas, também, no sentido de combater as diferenças no âmbito da cultura, daí porque ser fundamental combater a desigualdade na esfera da valorização das identidades de grupos não hegemônicos no processo social. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

Nesse contexto normativo, o art. 3º, inciso IV, da Carta, ao vedar os preconceitos de raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação, muito ao contrário de ser empecilho para a instituição de medidas de favorecimento de grupos e segmentos que são discriminados, serve de fundamento para a criação de ações que visem atender às particularidades destes mesmos segmentos.

Não se pode deixar de considerar o fato de que as relações sociais e econômicas se assentaram, durante mais de três séculos, na escravidão dos negros pelos brancos. E, mesma a despeito de não se ter estabelecido um regime de segregação racial após a abolição da escravatura, é certo, também, que desde então nenhuma medida de inclusão foi efetivada. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

Em todos os indicadores sociais vê-se uma situação de inferioridade do afrodescendente. A inferioridade se revela na renda, na expectativa de vida, mortalidade

³⁷ Peça firmada pela Procuradora Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

³⁸ Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>. Acesso 19/07/2012.

infantil, acesso a saneamento, taxa de analfabetismo, nível de instrução, etc.³⁹ A representatividade negra é muito inferior nas profissões de medicina, direito, nas funções mais valorizadas como cargos de direção e gerência de empresas, nos parlamentos, na magistratura. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

O contrário se vê nos presídios. Cita o trecho seguinte da obra de Joaquim Barbosa:

“Branco monopolizam inteiramente o aparelho do Estado e nem sequer se dão conta da anomalia que isso representa à luz dos princípios da Democracia. Por diversos mecanismos institucionais raramente abordados com a devida seriedade e honestidade, a educação de boa qualidade é reservada às pessoas portadoras de certas características identificadores de (suposta ou real) ascendência europeia, materializando uma tendência social perversa, tendente a agravar ainda mais o tenebroso quadro de desigualdade social pelo qual o país é universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego universalmente conhecido. No domínio do acesso ao emprego impera não somente a discriminação desabrida mas também uma outra de suas facetas mais ignominosas – a hierarquização – que faz com que as ocupações de prestígio, poder e fama sejam vistas como apanágio os brancos, reservando-se aos negros e mestiços aquelas atividades suscetíveis de realçar-lhes a condição de inferioridade”⁴⁰ (BARBOSA, 2001, pag. 12)

Salienta, ainda, que a denominada *Democracia Racial*, termo cunhado por Gilberto Freyre nos anos 30, em oposição aos racistas da época, visava demonstrar o quanto o grau elevado de miscigenação fez bem ao povo brasileiro, contribuindo para diminuir o fosso entre brancos e negros. Ocorre que ao longo da história o mito tornou-se um alibi para que o Estado e a própria sociedade se abstivessem de atuar no combate à discriminação. (DUPRAT, Manifestação PGR, ADPF 186, STF).

3.5 A Manifestação do CESP/UNB.

Para a UnB/CESPE, os atos não são atentatórios à dignidade da pessoa humana, como assevera a inicial. Citando Luís Roberto Barroso afirma que o princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas pelo fato de sua existência, representando a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 637).

³⁹ Neste aspecto cita Marcelo Paixão, *Novos Marcos para as Relações Raciais*. Rio de Janeiro: FASE. 2000

⁴⁰ Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. P. 12.

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à ideia de direitos fundamentais. Como tal, a sua busca requer a promoção da igualdade e não somente a vedação da desigualdade. (CESPE/UnB, ADPF 186,2012, p. 637).

A ação afirmativa atacada, portanto, busca exatamente garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando condições de exercício dos direitos a ela inerentes. (CESPE/UnB, ADPF 186,2012, p. 638).

Retomando, novamente, as oportunas lições do Professor Cearense Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

Temos, então, um *regime político* [Estado de Direito, Democrático e Social] baseado nas ideias de democracia participativa, pluralismo político e social, soberania popular e bem comum, separação de poderes, tutela efetiva dos direitos fundamentais – neste último caso destaca--se o dever do Estado de proteger os cidadãos quanto à supressão ou diminuição dos meios de subsistência⁴¹.

O Estado Constitucional que pretenda exercer o papel de Estado Social, não pode afastar a eficácia primordial do princípio da dignidade humana, nem olvidar, em benefício da sociedade civil; i) de promover a justiça social na dinâmica das relações econômicas, reduzindo as desigualdades sociais e assegurando iguais oportunidades a todos; ii) garantir a realização adequada dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, a assistência e à seguridade social. Na medida em que os indivíduos não atingem, *per se*, ou para si, o nível de realização destes direitos na dinâmica das relações econômicas, cabe ao Estado, por exigência constitucional, assumir a tarefa de garantir o mínimo vital de cada um e de todos ao mesmo tempo.

Dentre as diversas funções dos direitos fundamentais, destaca-se a da não discriminação. A função da não discriminação pode ser conceituada como o poder de o indivíduo exigir do Estado o tratamento igualitário a todos os cidadãos que estiverem na mesma situação. (CESPE/UnB, ADPF 186,2012, p. 637).

Observa que o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do duplo aspecto do direito de igualdade, como função de obstar a discriminação. De forma que o objetivo do constituinte foi tratar de forma igual aqueles que estão na mesma situação e de forma desigual aqueles que estão em condições diversas. (CESPE/UnB, ADPF 186,2012, p. 638).

O autor articula o princípio da igualdade contra a própria Constituição uma vez que não seria possível ignorar o quanto a população negra foi e ainda é marginalizada de toda espécie de oportunidades. A igualdade não pode ser compreendida simplesmente no seu

⁴¹ Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31--48, jul./dez. 2008

aspecto formal, repressivo ao ato que a descumpre. Pensar assim representa a perpetuação das desigualdades. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 643).

É fundamental conjugar, assim, o aspecto repressivo-punitivo da norma com sua vertente promocional. Ou seja, combina-se a proibição de discriminar com ações promocionais de resgate dos espaços perdidos ao longo do tempo pelos negros. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 643).

Ressalta-se que as ações afirmativas anti discriminação tem lastro legal na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, no parágrafo 4º do art. 1º e, por isso, tem força na mesma proporção das normas constitucionais, porquanto devidamente incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 643).

Há discriminação racial no Brasil. Portanto, não procedem os argumentos da inicial em sentido contrário. Mesmo não havendo atos e dispositivos legais articulando o racismo, como aconteceu nos Estados Unidos, é certo que há discriminação nas seleções para empregos, no acesso ao ensino medido no alto índice de analfabetismo entre os negros e, ainda, a baixíssima presença de negros nos cursos superiores. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 647-649).

A discriminação se dá em função da cor e da aparência, portanto, nenhuma utilidade tem a discussão sobre a existência ou não de raças do ponto de vista genético. Demais disto, o significado de raça é uma construção sócio-cultural e independe de sua configuração científica. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 652).

O sistema de cotas é adequado para diminuir a discriminação. Portanto, não ofende ao princípio da proporcionalidade e adequação, haja vista que os negros representam 45% da população do país e apenas 2% da população universitária. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 659).

A necessidade e adequação das cotas é percebida pelo público em geral, conforme pesquisa divulgada pelo Instituto DataFolha, indicando que 62% dos pesquisados acreditam que as cotas são fundamentais para ampliar o acesso de toda a população à educação. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 658).

Por outro lado, sua utilidade já se firmou sem sombra de dúvidas uma vez que já ingressaram pelo sistema de cotas 3.980 alunos, dos quais os formados tem um perfil muito parecido com os egressos fora do sistema de cotas. As notas médias dos cotistas numa escala de 0 a 5 é de 3.6, enquanto os não-cotistas 3.7. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 661).

Essa constatação refuta a afirmação de que o sistema de cotas provoca a queda no nível do ensino.

Quanto à ofensa ao princípio da publicidade em relação à comissão, assevera que ao contrário do afirmado pelo autor, a comissão não é secreta. O que não ocorre é a divulgação, antes da entrevista, da composição da comissão. No entanto não age secretamente até porque o trabalho da comissão se resume numa entrevista pessoalmente. (CESPE/UnB, ADPF 186, 2012, p. 669).

A comissão visa ainda a evitar fraudes. Como o critério é do fenótipo, ou seja, se a pessoa é negra (preto ou pardo), já que a discriminação, conforme já afirmado, se dá em razão da cor da pele, fraudes podem ser facilmente detectadas tão somente pelo contato visual.

3.6 As Manifestações nas Audiências Públicas

Percebe-se, a partir do material fornecido por interessados e instituições participantes das audiências públicas, que o tema suscita divergências interessantes e tanto os que são favoráveis, bem como os contrários ao sistema de cotas, apresentam argumentos substanciosos.

Destaca-se a participação de vários movimentos que congregam negros e cuidam da proteção e difusão de seus interesses, cientistas políticos e professores universitários.

Considerando que há coincidência nos argumentos de vários participantes, segue um resumo dos mais importantes, colhidos a partir dos vídeos produzidos pela TV JUSTIÇA⁴², assim considerados em relação às pretensões do presente trabalho.⁴³

⁴² Todas as participações foram gravadas e selecionadas, para o presente trabalho, as que mostraram maior pertinência com a sua abordagem. Disponível: www.tvjustica.jus.br/

⁴³ A relação não obedece a nenhuma ordem de preferência ou mesmo importância.

3.6.1 Argumentos favoráveis⁴⁴

A preocupação com o desfazimento das diferenças acumuladas devido ao longo período escravista no Brasil, desde a campanha abolicionista, já incluía propostas de ações compensatórias, como uma reforma agrária que garantisse a distribuição de terras aos negros. A propriedade da terra, àquela época, constituía-se como uma das mais importantes conquistas.

Contudo, ao advento da abolição não se seguiram medidas de compensação do longo período de exclusão e exploração da população negra.

Os índices de composição negra na população do Brasil – mediante a autodeclaração – chegam ao percentual de 50,06%. Daí ser possível concluir a imensidão de brasileiros excluídos, indicando que as medidas de recomposição do equilíbrio desfeito pela discriminação já estão bastante atrasadas.

Não se pode descurar que o país, além de apropriar-se do trabalho físico do negro, locupletou-se com a receita tributária advindo do mercado negreiro.

A média de anos de estudo da população negra, com quinze anos ou mais é menor 1.8 anos do que a observada para os indivíduos brancos na mesma faixa etária. A taxa de analfabetismo da população negra com quinze anos ou mais é 2,2% maior que a do segmento branco de nosso País.

No que se refere à questão do trabalho e renda, entre os 10% mais pobres, os negros são 73,7% contra 25,4% dos brancos. E entre os 10% mais ricos, os negros são 15% contra 82,7% da população branca.

Então, tudo isso já demonstra a necessidade de uma intervenção do Estado, o qual não deve se manter distante e neutro diante de um quadro de desigualdades que este país expõe.⁴⁵

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana cabe ao direito mais do que declarar o respeito e a existência de um reconhecimento no ordenamento jurídico.

Paralelamente a isto a legislação brasileira já incorporou medidas de impedimento de atos e práticas que vulnerem o núcleo fundante das garantias da dignidade da pessoa humana, inclusive criminalizando certas práticas.

⁴⁴ Ministro Edson Santos de Souza, Secretário da Igualdade Racial; Dr. Erasto Fortes de Mendonça, Coordenador de Educação em Direitos Humanos; Dra Maria Paula Dallari, Secretária de Ensino Superior do MEC; Dr. Mario Lisboa Theodoro, Diretor do IPEA; Dr. Marcelo Tragtember, Universidade Federal de Santa Catarina; Estudante Moacir Carlos da Silva, cotista da UERJ; Dr. Kabengele Munanga, USP; Dr. Luís Felipe Alencastro, Fundação Palmares; Dr. Leonardo Avritzer, UFMG;

⁴⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoafirmativa>

Ocorre que isto não basta. A efetiva proteção indica a necessidade de agir, proativamente, para a concreção dos direitos.

O coordenar da SEDH⁴⁶ afirma que até o século XIX, negros, mesmo libertos, deveriam solicitar a chamada dispensa dos defeitos de cor, espécie de atestado, por meio do qual se abdicava da negritude para ocupar cargos públicos, militares, civis e eclesiásticos. Como ocorrido com o primeiro governador negro, Eduardo Ribeiro, instado a declarar que, apesar de ter a cor errada, era civilizado, assimilado aos bons costumes da sociedade dos homens livres, pedindo dispensa da observação de seus defeitos de origem⁴⁷.

A discriminação e o preconceito marcaram a legislação educacional. O Decreto nº 1.331, de 1854, conhecido como a Reforma Couto Ferraz, que instituiu a reforma do ensino primário e secundário no Brasil e instituía a obrigatoriedade da escola pública para crianças maiores de sete anos. Porém, no seu artigo 69, consignava:

"Art. 69. Não serão admitidos à matrícula, nem poderão frequentar as escolas:

§ 1º Os meninos que padecerem moléstias contagiosas.

§ 2º Os que não tiverem sido vacinados.

§ 3º Os escravos."

A abolição da escravidão não foi capaz de dar aos negros o reconhecimento da sua dignidade como pessoa humana.⁴⁸

As cotas nas universidades é um imperativo garantidor da dignidade da pessoa humana. Não há de ser vista como um favor, mas, sim uma oportunidade que dá à universidade para que a mesma consiga o objetivo de implantar uma comunidade fraterna e diversa.

Existe uma distância histórica no campo da educação, e essa distância se reproduz ao longo dos anos quando comparamos os dados educacionais de negros e brancos.

Essa distância inviabiliza solucionar o desequilíbrio entre a presença de brancos e negros na universidade mediante políticas de melhorias na educação. Nenhuma melhoria seria suficiente para fazer desaparecer a distância histórica que permanece renitente ao longo dos anos.

A defasagem da escolaridade do negro é vista comparando-se o gráfico que indica a melhora na educação, ou seja, a melhora nos índices de ingresso e permanência na

⁴⁶ Secretaria Especial de Direitos Humanos.

⁴⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>. Notas Taquigráficas.

⁴⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>. Notas Taquigráficas.

escola por parte da população infantil. Infelizmente, o gráfico que indica a evolução do ingresso e permanência do negro – portanto, da sua escolaridade – não sofreu qualquer alteração. Isto implica dizer que as melhoras introduzidas no sistema de ensino não conseguiram vencer os obstáculos advindos da exclusão histórica.

Observa DALLARI⁴⁹, Secretária de Ensino Superior do MEC que,

Se há a intenção de se produzir um quadro de inclusão de uma sociedade participativa, é preciso fazer uma reflexão: assumir que a mera passagem do tempo não vai modificar o estado de coisas. É preciso assumir ativamente essa modificação. Mais do que isso, por dois movimentos: pela inclusão, porque o acesso à educação superior pode ser enfocado como um direito dos negros, que são contemplados com uma forma especial de acesso, mas também mais ao futuro ainda, porque o acesso desses negros representa a inclusão na sociedade brasileira - aqui não estamos mais focando a universidade - de pessoas diplomadas. E sabemos - e pelas pesquisas é possível trabalhar esse dado - o que representa ter pessoas diplomadas, graduadas em seus interesses, conhecedoras da história daquele grupo social. É disto que estamos falando: a legitimação dessa política pelo futuro.⁵⁰

Outro argumento levantado diz respeito à autonomia universitária que é também um princípio constitucional. Isto é, a Universidade como *locus* de discussão e de elaboração das políticas e das estratégias capazes de produzir a inserção que se quer produzir, exatamente para quebrar aquela curva, aquele paralelismo perverso que afasta constantemente a população branca da população negra.

Indicadores mostram que, quanto ao nível de aproveitamento do aluno cotista, no ano de ingresso há uma disparidade maior, ou seja, esses alunos têm rendimento menor. Essa constatação inclusive serve à confirmação de que as cotas são necessárias.

No entanto, no decorrer do curso o nivelamento ocorre. Tanto que, no último ano, os índices são praticamente os mesmos.⁵¹

O IPEA⁵² tem se ocupado de estudar a situação do negro no Brasil e, com isto, apurado dados contundentes, como segue:

Um trabalhador negro ganha em média metade do que um trabalhador branco ganha;

⁴⁹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>. Notas Taquigráficas

⁵⁰<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>. Notas Taquigráficas

⁵¹<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaPublicaAçãoafirmativa>>. Notas Taquigráficas

⁵² Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas.

O percentual de negros abaixo da linha de indigência é duas vezes e meia maior do que o percentual de brancos;

A população negra pobre é quase 70% dos pobres;

A população negra indigente é formada de 71% do total de indigentes nesse País. De um total de quinhentas e setenta e uma mil crianças que estão fora da escola, 62% são crianças negras;

As causas de mortalidade materna na mulher negra são quase três vezes maiores do que a razão para as mulheres brancas, mesmo depois de implantado o Sistema Único de Saúde, a universalização da saúde;

Entre as gestantes, as mulheres negras têm em média um número menor de consultas e um número maior de não realização de pré-natal;

Os jovens negros são mais assediados pela polícia, o que significa dizer que as políticas universais, embora importantes, não conseguem enfrentar essa desigualdade proveniente da discriminação.

As desigualdades raciais no Brasil não são apenas expressivas e disseminadas, como também são persistentes ao longo do tempo.

O sistema adotado atualmente é consistente estatisticamente, não é uma questão de modismo se falar de negros e brancos, mas são dois grupos que, por suas características, são estatisticamente consistentes, e isso nos mostra que deve haver um tratamento desigual para, enfim, os grupos atingirem a igualdade.

A discriminação racial é um fenômeno concreto no Brasil. Não há como fugir dessa realidade.

As ações afirmativas já desenvolvidas têm logrado significativo êxito. O IPEA calcula que, até hoje, foram cinquenta e dois mil estudantes negros beneficiados com as cotas, o que significa que teremos cinquenta e dois mil profissionais que vão disputar em igualdade de condições com outros profissionais os melhores postos de trabalho na sociedade.

As cotas são simplesmente um mecanismo que pode equalizar uma situação de portas fechadas, para um conjunto significativo de pessoas brasileiras. Hoje, as pessoas brasileiras negras têm mais portas e oportunidades fechadas, do que a população de origem branca. Então, as cotas viriam, na verdade, abrir portas para que consigamos equalizar oportunidades, consigamos fazer com que a máxima de igualdade, que está presente na Constituição como um dos preceitos fundamentais, seja, enfim, contemplada.

As Ações Afirmativas, de que o sistema de cotas nas universidades é espécie, serve à neutralização dos efeitos da desigualdade social, uma vez que é grande a ausência, nas universidades, de alunos egressos das escolas públicas.

A situação de acesso do negro nas universidades públicas brasileiras é pior do que a vivida na África do Sul, em pleno regime de segregação racial. Quando ocorreu o fim da segregação naquele país existiam mais negros nas universidades do que no Brasil, hoje.

Há um estigma social em relação ao negro. Ele sempre está vulnerável à suspeição de seus atos e há desigualdade destacadamente por se tratar de negro, tanto quanto há desigualdade em razão da pobreza.

Trata-se de uma experiência. Em razão disto, as distorções precisam ser corrigidas. Há necessidade de permanente fiscalização.

Os métodos de definição dos beneficiários, denominados de “autodeclaração” e heterodeclaração (por meio de terceiros) mostraram-se eficientes, tanto que apenas um percentual entre 3.5% a 5% não se confirmaram, à luz de uma investigação mais intensa.

Por outro lado, ainda quanto ao método de identificação, se a discriminação é visivelmente pela aparência (fenótipo), é razoável que a ação afirmativa adote como critério de escolha dos beneficiários também essa condição.

Pesquisas indicam⁵³ que entre os negros há o menor índice de evasão escolar no âmbito das universidades, o que rebate o argumento de que o ingresso do negro, por meio das cotas e, portanto, sem uma base de conhecimentos à altura dos demais selecionados, levá-lo-ia à desistência posteriormente.

O Judiciário deverá considerar o grande desafio de enfrentar o problema da reserva legal que suscita a matéria discutida antes mesmo que a lei o fizesse.

O Poder Judiciário, desde 2005, enfrenta o problema por meio de ações que cuidam de questões semelhantes. Em sua grande maioria, no âmbito da Justiça Federal, as decisões são no sentido de acolherem a discriminação positiva.

Do ponto de vista da constitucionalidade, entende-se que a abordagem passa pela incidência do princípio da igualdade, numa concepção finalista do direito. Em razão disto, é fundamental que se verifique se a medida atende (há adequação) ao fim proposto que, em última análise, é a desigualdade de acesso entre negros e brancos nas universidades.

Além disto, há de se indagar, também, se os excluídos são, realmente, os beneficiados com a política pública. Até que ponto há uma relação entre a população efetivamente excluída com os beneficiários do sistema.

⁵³ Nas audiências não foram apresentados números de nenhuma pesquisa. Viu-se apenas referências a elas.

Há uma questão política que subjaz na determinação da desigualdade social, porquanto ela tem relação direta com a desigualdade econômica.

Na UERJ, nunca houve qualquer conflito decorrente da política de cotas.

Identifica-se, o participante, como sendo o primeiro de sua família a ingressar na universidade e somente o fez em razão das cotas e, ainda, somente aos 38 anos de idade.

O incremento da presença do negro na universidade traz uma importante contribuição à diversidade cultural.

A tomada de posição para diminuir os efeitos da dominação branca por mais de quatrocentos anos é uma questão ética, portanto, mais do que jurídica.

Na UERJ o critério de ingresso pelo sistema de cotas leva em conta a cor da pele e a renda.

As ações afirmativas são exigidas pela Constituição Federal, pois Essa considera que a educação deva promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A Universidade só de brancos não atende ao pluralismo e à diversidade preconizados na Constituição Federal.

O preconceito de raça gera mais discriminação do que a pobreza.

É gritante a ausência de negros nos órgãos públicos, universidades e postos de grande destaque social.

A discriminação no Brasil é pior do que a experimentada pela África do Sul ao fim do regime de segregação racial. No final deste regime naquele país havia mais negros com diploma de curso superior do que se verifica, hoje, no Brasil.

A experiência dos últimos anos dá segurança para dizer que não ocorrerá uma reação em contrário.

Indiscutivelmente a escravidão pesa na história do país. Mais de 770 mil africanos que não podiam ser mais escravos à época, foram traídos e acabaram nas mãos de traficantes vítimas da violência policial como suspeitos fugitivos. A pena de prisão, para atender aos interesses dos donos de escravos que não queriam ficar sem os mesmos enquanto cumpriam as penas, foram substituídas pela tortura e acoites em praças públicas. Quando isto ocorrida, o escravo não era preso.

A maioria dos libertos foi bloqueada para o ingresso no corpo eleitoral em razão da estipulação da renda mínima como requisito. (Lei Saraiva).

A redução da discriminação é um imperativo da consolidação da democracia. É um sinal de levante contra a situação histórica, sem, contudo significar uma medida indenizatória, como claramente se verifica na demarcação das terras indígenas.

As cotas raciais é um item no aperfeiçoamento da democracia no vir-a-ser da nação.

O alarmismo que informa o risco da experiência de Ruanda é despropositado, pois, as cotas já existem no Brasil, como exemplifica o PROUni. Alguns problemas – mínimos – surgidos com o PROUni – por exemplo – nem se comparam com a violência do trote universitário no vestibular.

O debate deve ser menos ideologizado.

A ação afirmativa completa a missão da Instituição universitária, pois, garante o pluralismo, considerado como saber diversificado. O papel das instituições universitárias é grandemente garantido na longevidade institucional. Das 85 instituições educacionais que existiam no mundo em 1.500, setenta e duas já eram, desde então, universidades. Daí porque ser-lhes da própria essência, acolher a diversidade.

As ações afirmativas aprimoram o princípio da igualdade, uma vez que cabe ao Estado produzir a igualdade.

Diversidade de saberes exige diversidade de atores. Portanto, a diversidade étnica é fundamental na colaboração e experiência da comunidade acadêmica.

3.6.2 Argumentos contrários⁵⁴

Os negros não querem ser vistos em razão da raça. A política afirmativa, nesta área, é um atalho para não se enfrentar o grave problema da desigualdade social.

Não se trata de uma questão entre brancos e negros. Ambos são vítimas de um regime selvagem, o capitalismo. É uma questão econômica. Toda escravidão tem origem na exploração capitalista.

O racismo divide os trabalhadores (brancos e negros) como mecanismo para ofuscar a exploração econômica.

A redução da desigualdade pode ser alcançada pela melhora dos serviços públicos (educação de qualidade, gratuita e com mais vagas nas universidades públicas).

Política de cotas raciais incide sobre uma das consequências da discriminação racial e desigualdade educacional sem que essas, em si mesmas, sejam corrigidas.

⁵⁴ José Ferreira Militão, Movimento Negro Socialista; Dra. Eunice Ribeiro Duran, USP; Dr. Oscar Vilhena Vieira, PUC-SP e FGV; Dr. Ibsen Noronha, Associação Nacional dos Procuradores dos Estados- ANAP;

Existe discriminação racial quando as pessoas não são percebidas, selecionadas, promovidas e remuneradas de acordo com suas capacidades e competências em razão de critérios irrelevantes como a cor da pele;

Numa sociedade competitiva, as seleções para empregos e funções devem obedecer a critérios universais que respeitem as desigualdades das pessoas.

O preconceito racial não permeia todos os setores da vida social uniformemente. O mercado de trabalho é um exemplo onde a discriminação é grande. Não se vê negros nas posições melhores remuneradas e de mais prestígio.

Há preconceito arraigado no tecido social, embora não uniformemente. Na escola, principalmente nas séries iniciais, ele é grande por parte de alunos, funcionários, professores. Há crianças indefesas contra a projeção das identidades negativas. Quanto aos professores, nesta fase, observa-se certa visão de “predisposição do fracasso” em relação às crianças negras. Estes estímulos negativos levam crianças a se conceberem incapazes de aprender.

O vestibular, portanto, consiste numa vitória contra as pragas do protecionismo, do clientelismo, do machismo e do racismo. O ingresso depende exclusivamente da avaliação dos candidatos que mede as competências e habilidades que são necessárias ao bom desempenho no curso superior. Alunos são aprovados ou reprovados indistintamente. Por isso, alunos negros não são barrados em razão da cor, mas, sim, pela ineficiência de seu desenvolvimento escolar.

Portanto, estranha a iniciativa que ataca o vestibular, de imediato, sem atacar as causas reais da exclusão.

O vestibular deve ser visto como um critério objetivo de seleção, como se faz no mercado de trabalho quando se quer selecionar um técnico em computador.

Esse método – o das cotas raciais – acaba por perpetuar as desigualdades que permeiam o processo escolar anterior. Ou seja, as desigualdades consideradas para a implantação do sistema de cotas persistiriam no âmbito dos cursos superiores. É necessário democratizar o ingresso ao ensino superior, diminuindo a desigualdade. No entanto, as cotas não são a melhor forma de fazê-lo.

Cotas étnicas surgiram nos Estados Unidos. Lá faz sentido, uma vez que a convivência entre negros e brancos era proibida na escola.

Também nos Estados Unidos da América os critérios de ingresso no ensino superior não são baseados exclusivamente em provas. Considera-se o fato dos candidatos serem filhos de ex-aluno, e serem hábeis para alguma modalidade esportiva, serem homens ou

mulheres, ou em razão da origem étnica. O sistema norte-americano permitiu que negros fossem excluídos em razão de cor e mulheres em razão do gênero. Isto não aconteceu na história do Brasil.

Ainda quanto aos Estados Unidos, a divisão em duas categorias permeou o conjunto das instituições e serviços públicos norte-americanos. Classificações deste tipo constituem as formas mais violentas de racismo, especialmente quando passam a constituir critérios para o acesso a direitos, serviços e posições sociais de forma oficial.

Pode-se afirmar que cotas – para forçar a inclusão – sejam desejáveis. Mas, mesmo para o bem, um pecado prevalece: estabelecer categorias artificiais que tomam como critério categorias raciais. Cria-se um precedente perigoso, pois se rompe com a luta mundial contra o racismo que consiste em negar, com apoio na ciência, a validação de critérios deste tipo.

O racismo se apoia em teoria que a ciência moderna afirma ser falsa: a de que existem diferenças genéticas na capacidade mental das diferentes raças, as quais são insuperáveis e se perpetuam nas futuras gerações. Não existem, praticamente, raças isoladas, uniformes, conforme atesta a ciência. O conceito de raça não é usado cientificamente. A raça é uma criação social discriminatória e não uma classificação científica.

Sacrificar o princípio da igualdade preconizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem para resolver um problema muito específico: a ampliação do acesso da população negra na universidade constitui-se em risco demasiadamente grande e desproporcional aos benefícios que as cotas podem promover.

É preciso encontrar outra solução porque no Brasil dividir a população em pretos e brancos é um mecanismo artificial e sem base científica e, também, contraria a gritante e imensa heterogeneidade da população brasileira. Contraria o bom senso brasileiro: Se meu pai é negro e minha mãe branca, ou vice-versa, eu não sou exatamente, nem branco, nem negro, diria uma criança.

O próprio censo (2000) indica que apenas 5.4% se classificaram como de cor preta; 40% se identificaram como pardos e 54% como brancos. O censo, portanto, indica o reconhecimento da extensão da mestiçagem. Grande parte do percentual que se autodeclararam brancos reconhece a existência de ancestrais africanos. Isto implica a amplitude da percepção da mestiçagem.

O sistema desvaloriza as fases anteriores do ensino, como se ela não fosse indispensável para construir a base dos estudos. A desigualdade desconsiderada artificialmente no ingresso pode perdurar no curso, perpetuando-a.

Ainda que fosse conveniente uma compensação curricular para aplacar as defasagens da aprendizagem, isto deveria ocorrer antes e não depois do ingresso.

Considerando a população entre 18 e 24 anos, vê-se que 16.5% completaram (11) onze anos de Estudos (portanto, o ensino fundamental em condições de ingresso na universidade). Com (12) doze anos de escolaridade, tem-se apenas 6.4% da população considerada. Para o conjunto da população jovem (negros e brancos), a média de anos de estudo é inferior a (7) sete anos. Isto representa 58.7% da população entre 18 e 24 anos que não chega a concluir ensino fundamental.

A melhor saída seria fazer o nivelamento antes do vestibular, por meio de cursinhos gratuitos.

Quanto ao racismo, deve o tema ser incluído nos currículos de formação de professores.

Deve-se evitar o perigo de fazer a história refém da ideologia.

A história que criou o dogma da luta de classes gerou milhões de assassinatos por meio dos regimes totalitários (fascismo, nazismo etc.). Pretenderam-se justiceiros da história.

A abolição sob a ótica jurídica foi um processo. Como tal, propiciou o ingresso de negros na sociedade, inclusive como senhor de escravos, como magistrados e membros do clero.

Há real perigo de buscar-se solução na premissa de causalidade. Dados históricos já do sec. XVI indicam que havia escravos livres no Brasil. Muitos prosperaram economicamente, socialmente. Na época da abolição, em 1888, apenas 5% da população era escrava.

Estudos indicam a dinâmica natural dos libertos vinculada à miscigenação e à aquisição de escravos. Em Campos dos Goytacazes – estudo feito por um Americano – 1/3 dos senhores de escravos eram negros. Esses dados mostram que podem ocorrer injustiças, hoje, em razão do sistema de cotas, uma vez que descendentes de escravocratas poderão ser beneficiados em detrimento de seguimentos sociais como orientais, por exemplo.

3.7- As manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186.

3.7.1 Voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski⁵⁵.

Introduzindo o seu voto o Ministro Relator, resumidamente, coloca a questão sob dois aspectos. O primeiro é uma indagação nos seguintes termos: Ação afirmativa de reserva de vagas na universidade pública pelo critério étnico-racial tem consonância com a CF?

A segunda pondera que a análise deve ser feita à luz dos princípios nos quais repousa a Constituição Federal.

O primeiro princípio observável, no caso, é o da igualdade, numa abordagem necessária de sua concepção formal e material.

O art. 5º da Constituição Federal abriga o histórico conceito formal de igualdade perante a lei. Ao Estado é vedado tratar as pessoas de modo diferenciado. No entanto, a igualdade formal acarreta injustiças. No presente caso há de levar-se em conta a igualdade material que é o objetivo das políticas afirmativas. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Citando Dalmo Dallari, adverte que a igualdade deve superar o âmbito de um direito para configurar-se como possibilidade.

O segundo princípio, o da justiça distributiva, é o meio de transformar o direito em uma possibilidade de participação nos bens sociais. A CF de 1988 não se limitou à garantia formal, mas adotou mecanismos de redução das desigualdades. Portanto, a CF concebe e demanda pela realização da igualdade mediante a justiça distributiva. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Ações afirmativas são medidas especiais e concretas com vistas a assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Essas medidas devem ser sustentadas tão somente até o desaparecimento da desigualdade. Portanto, devem ser transitórias, sob pena de incorrer em violação do próprio princípio.

⁵⁵ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Disponível: www.stf.jus.br

As políticas afirmativas não tiveram origem, como muitos pensam, nos Estados Unidos da América, mas, na Índia, sob inspiração dos movimentos de Mahatma Ghandi. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 206, I, III e IV, que o acesso ao ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: “*igualdade de condições para acesso e permanência na escola*”; “*pluralismo de ideias*”; e “*gestão democrática do ensino público*”

O art. 208, V, consigna que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será efetivado “*segundo a capacidade de cada um*”.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que estabelece a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino, também acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados. Tais dispositivos, bem interpretados, mostram que o constituinte buscou temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendem acesso à universidade com o princípio da igualdade material que permeia todo o Texto Magno. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

As políticas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais. Elas devem, ao contrário, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro, desconsiderando-se os interesses contingentes e efêmeros. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

O critério de acesso às universidades públicas, entre nós, deve levar em conta, antes de tudo, os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito, consistentes, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988. Ao garantir o acesso às categorias marginalizadas o Estado estará propiciando o pluralismo de ideias. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012).

Outra importante questão a ser enfrentada consiste em saber se a inexistência, cientificamente comprovada, do conceito biológico ou genético de raça concernente à espécie

humana impede a utilização do critério étnico-racial para os fins de qualquer espécie de seleção de pessoas.

Cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Outro aspecto da questão consiste em que os programas de ação afirmativa tomam como ponto de partida a consciência de raça existente nas sociedades com o escopo final de eliminá-la. Em outras palavras, a finalidade última desses programas é colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial, ou seja, o sentimento subjetivo de pertencer a determinada raça ou de sofrer discriminação por integrá-la. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Os programas de ação afirmativa em sociedades em que isso ocorre, entre as quais a nossa, são uma forma de compensar essa discriminação, culturalmente arraigada, não raro, praticada de forma inconsciente e à sombra de um Estado complacente.

A criação de lideranças dentre esses grupos discriminados, capazes de lutar pela defesa de seus direitos, além de servirem como paradigmas de integração e ascensão social, trazem, pois, como bônus adicional a aceleração de uma mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o outro.

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Na apreciação da Constitucionalidade dos casos de ações afirmativas, no Estado Americano, levou-se em conta a constitucionalidade ou não da política de discriminação positiva, mas, tão somente se elas eram, realmente, suficientes para atingir o fim da desigualdade apontada. São os casos de *Bakke v. Regents of the University of*

Califórnia (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003) (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Em análise específica sobre a temática das ações afirmativas, pondera ainda Lewandowski: Ronald Dworkin assentou:

“Além de irônico, será triste se a Corte inverter agora seu veredicto tão antigo, pois acabam de tornar-se disponíveis provas impressionantes do valor da ação afirmativa nas instituições universitárias de elite. Os críticos da política há muito argumentam que, entre outras coisas, ela faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e porque prejudica os alunos oriundos de minorias que são selecionados pra escolas de elite, nas quais precisam competir com outros alunos cujas notas nos exames e outras qualificações acadêmicas são muito mais altas. Mas um novo estudo – *The Shape of the River* (A forma do rio), de William G. Bowen e Derek Bok – analisa uma grande base de dados sobre fichas e os históricos dos alunos e, com requintadas técnicas estatísticas, além de refutar essas afirmativas, demonstram o contrário. Segundo o estudo de River, a ação afirmativa alcançou um êxito impressionante: produziu notas mais altas de formatura entre os alunos universitários negros, mais líderes negros na indústria, nas profissões, na comunidade e nos serviços comunitários, bem como uma interação e amizade mais duradouras entre as raças do que, caso contrário, teria sido possível”. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

Tanto a auto identificação, quanto a heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem, o tanto quanto possível, os critérios acima explicitados e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos, são plenamente aceitáveis do ponto de vista constitucional.

Há precedentes no direito brasileiro – no STF – quanto a políticas afirmativas, como por exemplo, percentual de vagas para deficientes no mercado de trabalho.

Deve-se observar a proporcionalidade entre o quadro que se pretende modificar e a extensão das medidas adotadas. No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudantes negros e de “*um pequeno número*” delas para “*índios de todos os estados brasileiros*”, pelo prazo de 10 anos, constitui providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. Dito de outro modo, a política de ação afirmativa adotada pela UnB não se mostra desproporcional. (LEWANDOWSKI, ADPF 186-DF, 2012)

3.7.2 Voto do Ministro Marco Aurélio⁵⁶

Do artigo 3º nos vem luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que a única maneira de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, tratado de modo desigual. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

Pode-se dizer, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” implicam mudança de óptica, ao denotar “ação”. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades.

A Lei nº 7.716, de 1989, de autoria do Deputado Carlos Alberto Caó, veio capitular determinados procedimentos, à margem da Carta Federal, como crime. É o caso de perguntarmos: o que falta, então, para afastarmos do cenário as discriminações, as exclusões hoje notadas? Urge uma mudança cultural, uma conscientização maior por parte dos brasileiros; falta a percepção de que não se pode falar em Constituição Federal sem levar em conta, acima de tudo, a igualdade. Precisamos saldar essa dívida, ter presente o dever cívico de buscar o tratamento igualitário. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação;

Entendimento divergente resulta na colocação em plano secundário dos ditames maiores da Carta da República, que contém algo que, longe de ser um óbice, mostra-se como estímulo ao legislador comum. A Carta agasalha amostragem de ação afirmativa, por exemplo, no artigo 7º, inciso XX, ao cogitar da proteção de mercado quanto à mulher e ao direcionar a introdução de incentivos; no artigo 37, inciso III, ao versar sobre a reserva de vaga – e, portanto, a existência de quotas –, nos concursos públicos, para os deficientes; no artigo 170, ao dispor sobre as empresas de pequeno porte, prevendo que devem ter tratamento preferencial; no artigo 227, ao fazê-lo também em relação à criança e ao adolescente. Quanto ao artigo 208, inciso V, há de ser interpretado de modo harmônico com os demais preceitos constitucionais. A cláusula “segundo a capacidade de cada um” somente pode fazer referência à igualdade plena, considerada a vida pregressa e as oportunidades que a sociedade ofereceu às pessoas. A meritocracia sem “igualdade de pontos de partida” é apenas uma forma velada de aristocracia. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

⁵⁶ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br.

Registra a experiência brasileira no campo da legislação ordinária. A Lei nº 8.112/90 – porque, de certa maneira, isso foi previsto na Constituição Federal – fixa a reserva de até 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece, no tocante aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo.

Por outro lado, a Lei nº 8.666/93 viabiliza a contratação, sem licitação – meio que impede o apadrinhamento –, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, presente o preço de mercado. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

No sistema de quotas, deve-se considerar a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado na correção de desigualdades e afastado tão logo eliminadas essas diferenças. Revela-se, então, que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras é uma possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria.

A implementação por deliberação administrativa decorre, portanto, do princípio da supremacia da Carta Federal e também da previsão, presente no artigo 207, cabeça, dela constante, da autonomia universitária. Cabe lembrar que o Supremo, em visão evolutiva, já reconheceu a possibilidade de incidência direta do Diploma Maior nas relações calcadas pelo direito administrativo. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

Mostra-se importante ter em mente também que a adoção de políticas de ação afirmativa em favor dos negros e outras minorias no Brasil, iniciada no estado do Rio de Janeiro, não gerou o denominado “Estado racializado”, como sustenta o arguente. Ao menos até agora, essa não foi uma consequência advinda da mencionada política.

Tem relevância a alegação de que o sistema de verificação de quotas conduz à prática de arbitrariedades pelas comissões de avaliação, mas não consubstancia argumento definitivo contra a adoção da política de quotas. A toda evidência, na aplicação do sistema, as distorções poderão ocorrer, mas há de se presumir que as autoridades públicas irão se pautar por critérios razoavelmente objetivos. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

Os possíveis desvios nos procedimentos e prováveis fraudes não podem suplantar o valor social das políticas afirmativas.

Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-Juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em

face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

Só existe a supremacia da Carta quando, à luz desse diploma, vingar a igualdade. A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica;

É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades mostra-se possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance. (MARCO AURÉLIO, ADPF 186-DF, 2012).

3.7.3 Voto do Ministro Cezar Peluso.⁵⁷

O Ministro concentra seus argumentos no que chama de objeto da ADPF, ou seja, na questão jurídico-constitucional, numa abordagem do princípio da igualdade, nos aspectos formal e material. A seguir, seus argumentos mais importantes:

O princípio da igualdade implica a necessidade jurídica da interpretação e produção normativa de equiparação de situações que não podem ser desequiparadas sem uma lógica jurídica. Este princípio assume a feição da realidade em que incide.

Considerando a existência de um déficit educacional/cultural que se constitui em graves barreiras e que afeta o negro de uma maneira especial, urge a utilização de um mecanismo que iguale os desiguais. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012)

O desnivelamento social decorre da falta de acesso e oportunidades aos negros, deficiência que acompanha a história do próprio país.

Há de se ter uma visão sistemática da Constituição Federal no sentido de construir uma sociedade solidária, de promover o bem de todos sem preconceito de raça, considerando a deficiência história no que diz respeito à igualdade material. Não se pode olvidar que a Constituição Federal determina –não apenas sugere – que essa sociedade igualitária deve ser construída. Há um dever ético e jurídico à luz dos princípios do art. 3º da Constituição Federal. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012)

Portanto, é certo que as cotas são discriminatórias e, mesmo nesse ponto, estão em plena sintonia com a Constituição Federal por tratar-se de discriminação positiva e com uma finalidade bem definida que é desfazer a desigualdade histórica. Ainda que possa

⁵⁷ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

persistir a discriminação após a universidade, restará assegurado o patrimônio educacional brasileiro. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012)

Observa-se que a argumentação contrária ao sistema de cotas alega que a sociedade não distingue as pessoas por meio de uma identificação étnica. No entanto, essa postura subestima a discriminação negativa que, em todo o mundo, é um fenômeno humano ligado às diferenças fenotípicas. Há estranheza do branco em relação ao preto. Aí está a raiz da discriminação. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012).

As políticas públicas estão voltadas para o futuro. É um mecanismo de nivelamento das oportunidades sociais e não é correto, portanto, considerá-la como instrumento de reparação ou indenização pela discriminação negativa durante muitos anos.

O sistema de cotas não incentiva o racismo. Não há prova disto.

As pessoas só fazem aquilo que lhes foi oportunizado fazer. As realizações humanas acontecem num ambiente de oportunidades, o que não se viu até agora em relação ao negro. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012).

Concluindo, a política pública enfrentada no julgamento não desconsidera o mérito uma vez que este somente é justo quando for avaliado em uma situação de idênticas oportunidades. (CEZAR PELUSO, ADPF 186-DF, 2012).

3.7.4 Voto do Ministro Luiz Fux⁵⁸

No plenário, o Ministro Luiz Fux inicia o seu voto relatando a prescrição de um médico amigo feita a um paciente que sofria com enormes dores na coluna cervical, e a quem determinou que devesse andar olhando acima da linha do horizonte. Quanto mais olhasse acima da linha do horizonte melhores resultados alcançaria no tratamento. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012).

Utiliza o que poderia aqui ser chamado de uma parábola para afirmar que a análise e julgamento da APDF 186 reclama um olhar acima do horizonte. Apesar do debate que suscita entre contrários e favoráveis, o que chama de “desacordo moral razoável”, a visão que se deve ter é a de recomposição de uma igualdade ultrajada durante quatrocentos anos – o maior período de tolerância da escravidão das Américas. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012).

Nesse aspecto é preciso, primeiro, fazer a justiça e, depois, encontrar uma roupagem jurídica para a mesma. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012).

⁵⁸ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

Assevera que toda a discussão tem ocorrido num ambiente que exacerba dois sentimentos: receio e orgulho. Os argumentos contrários às cotas raciais sustentam uma catastrófica situação que virá depois, com o acirramento do preconceito e a racialização da sociedade brasileira; que haverá conflito e o que nunca foi um problema passará a sê-lo para a sociedade brasileira. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Refutando, portanto, essas avaliações, diz que o receio é fóbico, é um sentimento menor. E, pior que isto, é o medo do medo, posto que nada esteja a indicar probabilidades em relação às previsões catastróficas. Nesse caso estar-se-ia diante de uma patologia. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012).

Confrontando os vaticínios catastróficos faz alusão aos comentários do jornalista Helio Gaspari quanto aos receios verificados nas ocasiões em que a escravatura foi formalmente tratada. Nos rumores da votação da Lei do Ventre Livre, o “receio” era traduzido no seguinte argumento: *as crianças ficarão sem assistência e vão acabar na mendicância*. Quatorze anos depois, quando da votação da lei do sexagenário, a argumentação, com o mesmo timbre de hipocrisia repetia-se agora afirmando que seria um absurdo abandonar os idosos. Quanto à abolição, posteriormente, levantavam-se contra dizendo ser a mesma inconveniente e que não fazia bem ao escravo. Conclui com as palavras do jornalista afirmando que a “abolição ocorreu e o mundo não acabou”. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Entre nós várias medidas com a mesma natureza já foram tomadas e nenhuma catástrofe ocorreu. Hoje, mais de quarenta instituições adotam cotas para negros e nada se viu de inconveniente. Pelo contrário, muitos negros estão ocupando postos importantes em razão destas medidas. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Quanto ao orgulho, refere-se ao grande sucesso experimentado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, da qual faz parte o Ministro, com relação ao sistema de cotas, numa atitude pioneira no Brasil. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Adentrando mais especificamente ao voto, argumenta o Ministro que a opressão racial dos vários anos da sociedade escravocrata deixou cicatrizes que se revelam nas enormes diferenciações de oportunidades para alunos brancos e afrodescendentes. Essa geração pós-escravatura, de escravos de um senhor, passou a escravos de um sistema. À abolição não se seguiram políticas públicas, gerando o que se denomina de “democracia racial” que, na verdade, institucionaliza a desigualdade e se reveste de uma violência simbólica, semelhante ao trabalho cativo. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Citando Florestan Fernandes afirma que se generalizou o estado de espírito farisaico que permitia atribuir à incapacidade dos negros os dramas da população de cor da cidade. Isentou-se o branco de qualquer responsabilidade moral perante os efeitos da deterioração socioeconômica do negro do mulato e revitalizaram-se técnicas de focar e avaliar as relações entre brancos e negros, forjando uma falsa consciência racial brasileira com a ideia de que o negro não tem problema no Brasil e que, pela própria índole do brasileiro, não existem distinções raciais entre nós; as oportunidades nas variadas áreas da vida foram oferecidas igualmente a todos, indistintamente. O preto está satisfeito com a vida que leva. Nunca existiram e nem existirão outros problemas em relação ao negro, exceto o que já foi resolvido com a abolição da escravatura e com a universalização da cidadania. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Essas afirmações soam hipócritas. As garantias formalmente estipuladas e políticas universalistas desapegadas de aspectos raciais relevantes e adstritas tão somente à distribuição de riquezas não conjura a violência simbólica do não reconhecimento cultural da desigualdade racial. Uma coisa é vedar a discriminação; outra coisa é implementar ações para diminuir seus efeitos. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Ações afirmativas servem a favorecer espécies limitadas de tratamento diferenciado a certas pessoas de certos grupos sociais, vítimas de uma discriminação de longas datas.

A igualdade, que é um valor fundante do Estado Democrático de Direito, no presente estágio do Estado Social, não se efetiva apenas com a vedação da discriminação por mecanismo formal. Há de se ir além da formalidade. A igualdade precisa ir além da formal. A isonomia há de ser real para atender às novas exigências da “não discriminação” e do “não racismo” como cláusulas pétreas constitucionais. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

O direito às diferenças decorrentes dos ideários pós-positivistas do Brasil reclamam uma implementação ética da igualdade material; um tratamento desigual para desiguais que não se alcança com promessas legais abstratas, que não se coaduna com a nova percepção da efetividade das normas constitucionais. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

É amplamente reconhecida no direito alienígena, notadamente dos Estados Unidos, a utilização da raça como critério para definir o ingresso acadêmico de minorias, ainda que não alcance o critério acadêmico convencional. Trata-se de remediar as diferenças vividas por minorias em razão de preconceitos. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

A construção de uma sociedade justa e solidária impõe a toda coletividade a reparação de danos pretéritos, perpetrados pelos nossos antepassados e adimplir as obrigações morais e jurídicas.

Citando entendimento da Ministra Carmen Lúcia, afirma que todos os objetivos do art. 3º da Constituição Federal traduzem a mudança que se deve empreender para chegar-se a igualdade, ao valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito instituído. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

O cânone constitucional de acesso ao ensino segundo as capacidades de cada um, insculpido no inciso V do art. 208 da CF, impõe exegese que não se descure da percepção realista da complexa e onerosíssima trajetória estudantil do aluno afrodescendentes, oriundos das camadas pobres da população, em posição diametralmente oposta aos demais que carregam consigo as heranças do berço. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012)

Justiça, já dizia o Ministro Ayres Brito, não é algo que se aprende. É algo que se sente. As crianças afrodescendentes quando aprendem sobre navios negreiros, abolição, lei do ventre livre etc., tem sua estima afetada. Estes fatos provocam uma baixo-estima na criança negra. Por isso a política afirmativa para elevar a autoestima do aluno afrodescendente. (LUIZ FUX, ADPF 186-DF, 2012).

3.7.5 Voto do Ministro Gilmar Mendes⁵⁹

É certo que haja falhas no processo de implantação das cotas. No entanto, trata-se de uma experiência que pode e deve ser aperfeiçoada. O chamado “tribunal racial” – comissão que avalia as condições declaradas pelos pretendentes às vagas reservadas – é realmente esquisito, precisa ser revisto. Mas, trata-se de um projeto temporário que não inviabiliza juridicamente a medida. (MENDES, ADPF 186-DF, 2012).

O princípio da igualdade, muito embora expresso no texto da Constituição Federal, às vezes precisa ser “realizado” pelo Estado. E, é na sua aplicação que surge a necessidade de realizá-lo. Em razão disto não vê qualquer inconstitucionalidade nas ações da UnB, com ressalvas quanto à necessidade de atentar-se para a inclusão de requisitos alusivos às condições socioeconômicas com vistas a evitar que pessoas que tiveram igualmente oportunidades, inclusive de estudarem em escolas privadas e de boa qualidade utilize das cotas indevidamente. (MENDES, ADPF 186-DF, 2012)

⁵⁹ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

Outra ponderação a título de ressalvas diz respeito à necessidade de rediscutir o método da heterodeclaração, que utiliza de convicções de terceiros para dizer quem é afro descendente ou não. (MENDES, ADPF 186-DF, 2012)

O Ministro Gilmar Mendes aponta, ainda, uma grave distorção no ensino superior, a qual não será resolvida com o instituto das cotas, e que se refere ao número reduzido de vagas no ensino superior. Passar no vestibular é quase ganhar na loteria. Nas universidades públicas somente chegam os egressos de escolas particulares. (MENDES, ADPF 186-DF, 2012)

Defende, em mais de uma oportunidade em seu voto, a inarredável necessidade de acrescentar ao critério racial outro de ordem socioeconômica, até porque a discriminação é um desvalor que deva ser sentido, experimentado por alguém. Seria incoerente beneficiar-se das cotas quem jamais tenha se sentido discriminado. (MENDES, ADPF 186-DF, 2012)

3.7.6 Voto da Ministra Rosa Weber⁶⁰.

Inicia o seu voto ponderando que o tema suscitado comporta um pluralismo de abordagens, razão porque rende homenagens a todos os que se manifestam de forma contrária ao seu posicionamento. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012)

A ação afirmativa adotada pela UnB, privilegiando o critério étnico-racial, demanda reflexões sobre os fundamentais direitos da vida cotidiana da sociedade brasileira. A decisão deve ser tomada à luz da Constituição Federal que, a partir de 1988, celebrou a diversidade, quebrando o paradigma da homogeneidade. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

O STF tem contribuído no aprimoramento da percepção da pluralidade e da criação de espaços democráticos de debates em que diferentes perspectivas se sustentem, a evidenciar a abertura dos textos normativos a interpretar, mas a evidenciar, também, a abertura do sistema com o comparecimento de grupos sociais que não tinham visibilidade. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Sendo o momento de abertura constitucional evidente, o ônus de decidir torna-se muito maior. Não é mais possível ao magistrado afirmar que apenas aplica a norma via processo de subsunção; agora, especialmente em questões de cunho constitucional, há que mostrar que a interpretação realiza o desenvolvimento institucional desejado pela Constituição Democrática que está de acordo com o que pode ser tomado como elemento

⁶⁰ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

viabilizador da realização dos direitos constitucionais dos mais diversos grupos. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Percebe-se, nesse ponto, que a igualdade e a liberdade andam de mãos dadas. Para ser livre é preciso ser igual e vice-versa.

O que põe nesse processo é a “igualdade racial”. Não no sentido genético, que a ciência já afastou, mas como construção social, que ainda torna uma parcela importante da sociedade brasileira invisível. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

O princípio da igualdade apenas formalmente considerado é uma igualdade presumida. Presume-se que todos têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Então, são tratados igualmente. A igualdade formal desconsidera processos concretos de formação de desigualdades. Identificadas Essas desigualdades concretas a presunção de igualdade deixa de ser benéfica e passa a ser um fardo. Isso porque impede que se percebam necessidades concretas de grupos que por não terem as mesmas oportunidades ficam impossibilitados de galgar os mesmos espaços daqueles que estão em condições sociais mais favoráveis. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Sem igualdade de oportunidades não há igualdade de liberdade; as possibilidades de ação, de qualidade de vida, de escolha de mundo, de chances econômicas, de manifestações individuais ou coletivas, ficam comprometidas.

Daí a necessidade do Estado, por meio de ações afirmativas. Trata-se de uma intervenção para que a igualdade formal volte a ser benéfica. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012)

Quando as oportunidades são diminutas, os grupos têm que concorrer às mesmas com chances equivalentes de usufruí-las. Se há, então, um desequilíbrio concreto a ser corrigido, o sistema de cotas é constitucional. Se não há desequilíbrio, não o é. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Contudo, ao analisar o que já foi dito no processo e em plenário, mais uma enorme quantidade de dados disponíveis, é possível afirmar que há esse desequilíbrio. A pobreza, no Brasil, tem cor. Dos 10% de brasileiros mais pobres, 70% são pretos e pardos. Sendo os negros a maioria gritante entre os pobres, o fator cor é mais importante do que o econômico na configuração de uma política econômica. Se os negros não chegam à universidade, por óbvio, não compartilham das mesmas condições e chances que são oferecidas aos brancos. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Indiscutivelmente há uma necessidade de implantação da política afirmativa aqui atacada. Além disto, vê-se que a mesma não fere o princípio da proporcionalidade e nem

mesmo o da razoabilidade. Isto se dá pelo fato de ser uma ação imediata e temporária. Desaparecendo-se as desigualdades ou, no mínimo, reduzindo-as, estará cumprido o objeto da política e ela não será mais necessária. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Não ocorre, também, nenhuma violação de direito subjetivo a vagas no ensino superior, principalmente em razão do mérito aferido no vestibular. É que a universalidade do ensino diz respeito ao ensino básico, fundamental e médio. Se assim não fosse não faria sentido condicionar o acesso ao ensino superior ao mérito. Não há direito subjetivo a ingressar no curso superior, notadamente na instituição pública.⁶¹

As universidades são dotadas de autonomia didático-pedagógica, conforme art. 207, da Constituição Federal, o que implica no direito de escolher o modelo didático pedagógico mais eficiente para a realização de suas finalidades. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

Quanto à Comissão instituída para avaliar a condição de negro pondera tratar-se de uma medida também acertada, pois, a discriminação verificada, historicamente, é também visual, ou seja, se dá em razão da cor da pele. É o que a doutrina considera como preconceito de marca, diferentemente do preconceito norte americano, onde a diferença se estabelece pela ancestralidade. (ROSA WEBER, ADPF 186-DF, 2012).

3.7.7 Voto da Ministra Carmen Lúcia⁶²

Registra a Ministra, inicialmente, a consistência e robustez dos argumentos lançados pelo autor e pelos demais interessados, o que evidencia a importância do julgamento.

Para a Ministra Carmen Lúcia,

Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não sem seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que

⁶¹ Neste ponto percebo, salvo melhor juízo, uma contradição nos argumentos. Ora, se não há direito subjetivo ao ingresso na universidade, em tese, não haveria violação de princípio algum. Ocorre que o direito ao ingresso em uma universidade pública, em condições de igualdade, decorre do fato de que é um serviço público colocado à disposição de todos. Portanto, existindo o serviço público, todos devem ter igualdade de acesso aos mesmos, caso não seja suficiente, em quantidade, para atender a todos indistintamente.

⁶² ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta. (CARMEN LÚCIA, 1996, pag. 284)⁶³

Inobstante a existência de legislações modernas, no mundo inteiro os negros e pobres, dentre outras categorias inferiorizadas, em razão do preconceito, continuam em estado de desalento jurídico. Até a década de 60, nenhum Estado Democrático de Direito e, em quase nenhum até a última década do século XX cuidou de promover a igualação e vencer o preconceito.

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 284).

Informa a Ministra Carmen Lúcia a grande influência do então Presidente Americano Lyndon B. Johnson, quando o mesmo indagara, em 1965, na Universidade Howard se todos os presentes eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições. Diz a autora:

Coube, então, a partir daquele momento, `aquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão Ação Afirmativa, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de favorecimento de algumas minorais socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 285)

Na verdade o princípio da igualdade passou a ter conteúdo efetivo a partir das ações afirmativas. Estas, por natureza, contêm uma discriminação em sentido contrário, ou seja, uma “discriminação” positiva. Por isso mesmo, aos desavisados, deixa transparecer uma contradição, na medida em que promove a desigualação no tratamento dos desiguais. Deixa

⁶³ Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica / Carmen Lúcia Antunes Rocha. Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, p. 283-295, jul./set. de 1996.

de ser um argumento de justificação da inércia do Estado e passa a conter uma disposição obrigatória. “De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo” (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 286)

Fenômeno interessante anotado pela autora citada diz respeito à visão que as minorias desencantadas passaram a ter do papel do Poder Judiciário. Diz a autora:

O que se acredita e que, a partir do período imediatamente pós-guerra e até o início da década de sessenta, passou-se a ter consciência de que os litígios constitucionais, mesmo traduzindo interesses individuais, continham elementos que se espalhavam e densificavam em toda a sociedade e, dessa forma, constituíam fonte de reconhecimento de direitos fundamentais para todos na sociedade. Os grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados, mas não participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas ou de reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não-formalizados, expressamente, nos documentos normativos. (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 287).

A antecipação do conteúdo jurídico dos princípios em relação à instituição de um corpo específico de normas significou, sobretudo nos Estados Unidos, um instrumento de mutação constitucional que ocorreu, não através do Poder Legislativo, num primeiro momento, mas através da atuação do Poder Judiciário. Ao movimento protagonizado pelo Judiciário denominou-se *realismo legal*, por meio do qual se reconheceu insuficiente a formalização da norma constitucional, sendo imprescindível a sua interpretação segundo a experiência sócio histórica do momento de sua aplicação. (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 287).

A Constituição da República de 1988 consagrou, com louvável evidência, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito positivo. No entanto, ainda que não tão evidente, o certo é que a disciplina constitucional que abriga o referido princípio sempre coexistiu, desde a Constituição imperial de 1824, com uma realidade de total ineficácia do seu texto. Esta Constituição, de 1824, considerada avançada no que diz respeito à proteção dos direitos de propriedade, liberdade e igualdade, mediante os sopros do liberalismo de então, foi silente quanto a escravidão, tolerando-a mesmo a despeito de ter abrigado o princípio da igualdade. (CARMEN LUCIA, 1996, pág. 288).

De acordo com Carmen Lúcia,

A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade

jurídica, concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo.

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo⁶⁴ uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a ideia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los... Por isso mesmo é que, mesmo não tendo força de norma, mas tendo a função de elucidar o rumo palmilhado pelo constituinte, o preâmbulo traduz a preocupação de se “instituir” um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (CARMEN LUCIA, 1996, 289).

O Constituinte de 1988 foi além da intenção de assegurar uma nova configuração no Estado Democrático como se vê no preâmbulo da Carta. O Art. 3º, incisos I, III a IV oferece⁶⁵ um reforço à mera disposição genérica do preâmbulo como expressão de uma postura teórica, conferindo-lhe conotação normativa.

Neste sentido é oportuno introduzir as lições do Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior⁶⁶ como segue:

No Preâmbulo, assim como nos demais dispositivos constitucionais, vê-se claramente a manifestação do "querer" normativo-constitucional e os desafios que a realidade impõe inexoravelmente. Os Preâmbulos, como todas as normas, são "catálogos de expectativas" que podem causar enormes frustrações ou imensa felicidade. Isso porque, além das condutas humanas, há fatores externos que independem da vontade (ou do agir) humana, ou que exigem mais do que simples boa vontade. Além de bondade, é preciso viabilidade material para concretizar todas as promessas exaladas no texto constitucional.

O posicionamento doutrinário que se analisa faz uma referência cheia de significados às expressões *construir*, *erradicar*, *reduzir*, *promover*. Elas indicam dinâmica, ação, comportamento ativo. Pondera que a simples vedação do preconceito, ainda que eficaz

⁶⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁶ ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2010.

– se assim entendido o texto Constitucional – não será jamais capaz de alcançar os objetivos propostos pela República na sua nova configuração.

Portanto, mais do que instituir uma República Democrática a Constituição redesenhou um Estado apto a realizá-la. . (CARMEN LUCIA, 1996, 289).

Em outras palavras leciona o Doutor Daury Cesar Fabriz⁶⁷, docente na Universidade Federal do Espírito Santo,

Vale destacar que os direitos sociais, mesmo considerados como direitos subjetivos, mostram-se diferenciados dos direitos individuais, na medida em que sua fruição também é distinta, uma vez que deve ser compartilhada (Lima Lopes, 2002:129) Nessa perspectiva, a questão da efetividade encontra-se vinculada ao plano das políticas públicas. Em outras palavras, são decisões de Estado e de governo, transformadas em normas que tem por finalidade a prestação de serviços públicos de forma a garantir aqueles direitos denominados sociais. (DINIZ, 2008, pag. 10)

3.7.8 Voto do Ministro Celso Mello⁶⁸

A discussão, que deve ir além de posturas acadêmicas antagônicas, não poderá ser apenas jurídica. Há de ser também moral, pois o preconceito e a discriminação encerram uma grande questão de índole moral. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

A prática de discriminação, do racismo, constitui perversão do senso moral. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Portanto, o país enfrenta um grande desafio que é o de dar efetivo cumprimento às obrigações assumidas no plano internacional, realizando, materialmente, a igualdade. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Vale lembrar que além de uma disciplina interna, a questão do combate às diferenças advindas de práticas discriminatórias está devidamente tratada em declarações internacionais subscritas pelo Brasil há várias décadas. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Destaca-se que nos documentos de constituição da UNESCO, elaborado em 1945, portanto ainda nos efeitos da II Guerra Mundial, já se fazia constar disposições nesse sentido, inclusive no ensejo da constatação de que a monstruosidade da tragédia que se abateu

⁶⁷ FABRIZ, Daury Cesar. **A eficácia dos Direitos Sociais Após Duas Décadas da Constituição Brasileira de 1988**. Coimbra: Oficina do CES, n.315, 2008, pág.10, disponível em www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/indez.php?autor=637, capturado em 05.09.2012.

⁶⁸ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

sobre a humanidade não teria sido possível sem o desrespeito, violação dos princípios da igualdade, da liberdade e do respeito às pessoas humanas, substituindo estes princípios pelo dogma da diferença entre os homens e entre raças . (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Quem estuda a conquista do direito à igualdade racial aponta cinco períodos históricos de sua efetivação. O primeiro período pela aceitação explícita da supremacia branca, no início do século XX. O segundo, marcado pela chamada *Democracia Racial*⁶⁹, nos anos 30 e 40. A terceira fase se caracteriza pelo reconhecimento da desigualdade e iniquidades de índole racial, nas décadas de 50 e 60. A quarta, pela retomada do mito da *democracia racial*, até os anos 80. E, por fim, a partir dos anos 80, assume-se a fase da denúncia contra o racismo. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Em 1969, o Brasil incorporou em sua legislação as disposições da Convenção Internacional sobre a eliminação de toda forma de discriminação racial. Essa convenção estabeleceu, no seu art. 9º, que o Brasil deveria, obrigatoriamente, apresentar um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas outras que tenham sido implementadas para tornarem efetivas as disposições da convenção. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

A resposta do Brasil, quando da solicitação do referido relatório, retrata claramente a ideia da democracia racial: “Como no Brasil não há discriminação racial, não há necessidade de tomar quaisquer medidas específicas para garantir a igualdade racial”. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

Para o Ministro, o conceito de *minorias* não se sustenta tão somente na ideia de quantidade, numérica. Tem relação com a vulnerabilidade. Exemplo disto são as medidas protetivas dos direitos das mulheres, as quais não constituem minoria no Brasil. O STF tem a missão de exercer, às vezes, a jurisdição contra majoritária, própria da jurisdição constitucional. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

As ações afirmativas são instrumentos adequados para implementarem medidas compensatórias de desigualdades. Portanto os atos atacados na ADPF 186 se adéquam ao texto da Constituição Federal, bem como aos instrumentos internacionais que abrigam disposições que impõem o dever de instituir ações afirmativas para desfazer os efeitos da discriminação racial, com vistas a alcançar a igualdade material. (CELSO MELLO, ADPF 186-DF, 2012).

⁶⁹ Mecanismos de racionalização que consiste em afirmar que em razão da miscigenação racial e da tolerância do branco em relação ao negro e vice-versa, não há preconceito racial no Brasil.

Obedeceu-se, também, no caso da UnB, às cláusulas de temporariedade insculpida nos instrumentos internacionais.

3.7.9 Voto do Ministro Ayres Britto.⁷⁰

Seguindo, também, o voto do relator, o Ministro Ayres Brito, que presidiu o julgamento, considera a política pública um instituto jurídico; uma figura jurídico-constitucional. Daí o acerto de sua discussão e apreciação no âmbito da Corte Suprema. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

No seu entender, os brilhantes fundamentos da inicial acabam por fundamentar, também, a validade da medida assecuratória de igualdade racial perpetrada pela UnB.

A constitucionalidade da medida está caracterizada mediante o cotejo já com o preâmbulo da Constituição. Desde o seu início a Constituição contemplou políticas públicas de cunho social, de um lado e, de cunho racial, de outro. Na definição de bem estar social estão amparadas as políticas que garantam melhorias de vida, advindas das melhorias econômicas concernente à renda. Ocorre que o texto constitucional foi, além disso, quando tratou de implementar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito de qualquer espécie. A Constituição louvou-se numa constatação histórica, no momento empírico de sua formação no qual se revelava um Estado genérico, persistente em manter um ambiente de desigualdades sociais e raciais. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

O preconceito racial no Brasil é histórico e ascende ao início do segundo século de nossa colonização. Desde então a nação conviveu e até aguçou as desigualdades porque, em certa medida, estas desigualdades atendem a interesses até mesmo econômicos.

A nação é multigeracional. É feita de gerações. Ela é como um rio: é único desde o seu nascimento até a sua foz. É uma realidade permanente que ata a ancestralidade, a contemporaneidade e a posteridade. A nação é uma só da primeira à última geração. Portanto, não se trata de pagar uma dívida de nossos ancestrais, dos antepassados. A responsabilidade é da nação. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

O preconceito, quando generalizado e prolongado, duradouro, passa a constituir o perfil, o caráter da sociedade em que se manifesta. As nossas relações sociais de base não são horizontais; são hegemônicas, verticais. Há pessoas que se sentem superiores. Os que não sofrem preconceitos sentem-se superiores. Os hegemônicos não precisam de igualdade. Essa só existe em relação aos desfavorecidos. Os brancos, em matéria de proteção,

⁷⁰ ADPF 186, processada e julgada pelo STF. Acesso: www.stf.jus.br

nunca precisam de Constituição; o Poder Executivo não precisa de Constituição. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

O negro, o pobre, a mulher, o deficiente físico, o analfabeto, sim. Estes necessitam de que a igualdade seja realmente efetivada materialmente. O preconceito em relação a estes grupos os afeta na autoestima. Quando essa é baixa, ainda que em parte somente da população, esgarça o tecido da coesão nacional. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

A Constituição Federal tratou de raça e racismo com conotações diferentes, como duas realidades. Isto está visível quando se refere a preconceito de raça e de cor. Ora, se fez referência às duas coisas, é porque elas são diferentes. Ao vedar o preconceito de raça, a Constituição visou proteger a grupos não negros, como judeus, ciganos, por exemplo. A partir deste ponto a Constituição não se refere mais às raças e sim ao racismo, inclusive para incriminá-lo, igualando-o ao terrorismo. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

Portanto, racismo é uma figura de direito para proibir as duas coisas: o preconceito de raça e o preconceito de cor.

A Constituição Federal não se contentou em proibir o preconceito. Foi além. Era preciso promover os irmãos negros que, historicamente, foram vítimas somente de ações preconceituosas. Por isso, a diferenciação entre bem estar e fraternidade. No inciso III do art. 3º elege como objetivos, *erradicar* a pobreza e as desigualdades sociais; e, no inciso IV, *promover* o bem de todos sem distinção de raça, origem e sexo. No art. 23, ao estabelecer a competência dos entes União e demais entes, estabeleceu, no inciso X, a obrigação de *combater* as causas da pobreza, e combater os fatores de marginalização, *promovendo* a integração social dos setores desfavorecidos. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

Portanto, sem dúvida, a Constituição tratou de cotas sociais e cotas raciais, distintamente. Essas são mais específicas. Trata-se de políticas públicas específicas, dentro de políticas públicas. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

Não basta proteger; é preciso promover, elevar. Citando Darcy Ribeiro, afirma que uma característica do racismo brasileiro é que ele não se refere à origem racial das pessoas, mas, sobre a cor da pele. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

Conclui afirmando que toda política pública que obedeça à proporcionalidade e a razoabilidade repousa no regaço da Constituição Federal. O princípio da unidade constitucional chancela as políticas públicas de promoção racial. (AYRES BRITTO, ADPF 186-DF, 2012).

3.7.10 Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Também acompanha totalmente o voto do relator. Ao proferir seu voto em plenário, no entanto pugnou pela juntada do mesmo, posteriormente, ocasião em que o apresentaria com a totalidade de seus argumentos.

Ocorre que em razão da não publicação dos votos até o presente momento (início de outubro de 2012), buscou-se conhecer sua posição favorável em sua obra editada em 2001,⁷¹ onde aborda as ações afirmativas em face do princípio da igualdade.

Para o Ministro, essas iniciativas, inclusive legislativas, buscam mitigar a flagrante desigualdade brasileira atacando-a naquilo que para muitos constitui a sua causa primordial, isto é, o nosso segregador sistema educacional, que tradicionalmente, por diversos mecanismos, sempre reservou aos negros e pobres uma educação de qualidade inferior, reservando os altos investimentos na educação a um pequeno contingente populacional de classe social privilegiada. (BARBOSA, 2003, p. 95)⁷²

Além do interesse de enfrentar o problema da discriminação do negro que incomoda, ainda hoje, boa parte da comunidade acadêmica, em razão da gritante constatação da ausência do negro nas universidades, postos de comandos e mesmo em cargos de categorias funcionais mais significativas como a magistratura, docência, e ou mesmo em profissões de maior projeção como médicos, engenheiros, advogados e outras mais, as iniciativas, conforme Joaquim Barbosa, revestem-se de especial importância pela sensibilidade que lhes é inerente e que decorrem de sua estreita relação com o conteúdo do Direito Constitucional Comparado e de Direito Constitucional. (BARBOSA, 2003, p. 95).

O princípio da igualdade que emerge do movimento revolucionário consiste numa igualdade formal, perante a lei, concebida com o fim específico de abolir os privilégios e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na hierarquização social por classes. Essa concepção de igualdade acabou por instrumentalizar o constitucionalismo do século XIX e atingindo boa parte do século XX. (BARBOSA, 2003, p. 97).

A bem da verdade, o Estado havia sido instituído não para tutelar o indivíduo e suas ações, mas, primordialmente, para garantir sua liberdade de atuação, sobretudo nos empreendimentos econômicos. Ao Estado competia garantir a existência de uma zona neutra

⁷¹ Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001.

⁷² Seminário Internacional as minorias e o direito : CJF, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ; v. 24). ISBN 85-85572-71-X

de atuação e desenvolvimento das virtudes e capacidades individuais. Trata-se, nesse ponto, da essência do Estado liberal burguês. (BARBOSA, 2003, 96).

A igualdade puramente formal não alcançou, como de fato não alcança, situações em que pessoas socialmente desfavorecidas, mesmo na latência da garantia da igualdade perante a lei, não gozavam das mesmas oportunidades. Essas oportunidades, ainda que oferecidas a todos – conforme determinava a lei – tornaram-se inacessíveis para os que não haviam sido contemplados com a sorte de estarem bem situados social e economicamente. (BARBOSA, 2003, 97).

A igualdade substancial vê o homem a partir de suas características singularizantes, ao contrário da concepção liberal de liberdade, para a qual o ser humano é captado em sua conformação abstrata, genérica. Aliás, da própria expressão *ser humano* já se extrai a generalidade cogitada. Há uma distância enorme entre oportunidades potencialmente oferecidas e aquelas passíveis de ser auferidas efetivamente pelo indivíduo tomado na sua particularidade – o indivíduo especificado. Há que se ver o homem nas particularidades da cor, do sexo, da idade, da classe social. (BARBOSA, 2003, 97).

Ocorre que a implementação dessa visão do homem na sua individualidade, dentro de sua conformação social e econômica e objeto da atenção não da lei, simplesmente, mas de ações concretas que desfaçam as barreiras da generalização, passa, como já dito, pelo desapego da concepção liberal de igualdade, para consagrá-la como valor a ser perseguido, como demanda justa e legítima dos que sofreram e sofrem os efeitos da discriminação, tendo como resposta não o aparato legal e constitucional de garantias formais, mas, acima de tudo, ações concretas que desfaçam a desigualdade. Que não só coloquem as pessoas no mesmo ponto de partida, mas que, ao igualarem-nas, nesse ponto, cuidem de anular as incapacidades de darem a largada ao mesmo tempo e com as mesmas condições de alcançarem o ponto de chegada. (BAROSA, 2003, pag. 98).

Essa nova visão, contudo, não vulnera apenas as concepções do ordenamento jurídico e a postura de seus intérpretes. Vai além para constituir-se numa ruptura com o próprio modelo de Estado liberal. Isto se dá pela necessidade de políticas sociais, de ações positivas, incrementadas pelo poder público com vistas à efetivação, ou melhor, concretização, do princípio da igualdade. De um Estado ausente, distante e tão somente garantidor da plena garantia do direito de empresa, de constituidor e protetor da “zona neutra” de atuação privada, constata-se a exigência, o reclame pela existência de um Estado que não

se contente na passividade. Pelo contrário, um Estado que aja, que implemente, que garanta a existência de uma igualdade fática, real, que permita a concorrência das mesmas oportunidades em igualdade de condições. (BARBOSA, 2003, pag. 102).

3.8 Visões pessoais e parciais.

Os argumentos dos interessados que atuaram no processo e na audiência pública, de forma resumida, sustentam, de um lado, o acerto das cotas como medida adequada e necessária para desfazer os efeitos da desigualdade acumulada ao longo de séculos, e que tem como causa, o preconceito racial arraigado na sociedade brasileira. Essa desigualdade esta estampada em dados estatísticos que evidenciam a ausência de negros, tanto na universidade como os postos, cargos e profissões mais importantes. De outro lado, sustentam que a adoção de cotas impõe uma consciência racial ate então inexistente na sociedade brasileira. Além disto, cria um preconceito em relação aos brancos pobres, também excluídos e não contemplados no sistema de cotas, vulnerando, assim, o princípio da igualdade preconizado na Constituição Federal.

Os conteúdos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal abrigam abordagens bem próximas uma das outras. Analisam de forma bastante semelhante a adequação das ações afirmativas ao princípio da igualdade. Asseveram que não é possível fazer uma leitura da Constituição Federal, quanto ao princípio da igualdade, tão-somente no viés proibitório de práticas discriminatórias. Não seria o único papel do Estado evitar e, quando não conseguir, punir, a inobservância formal do princípio da igualdade.

Outra unanimidade verificada foi na apreciação dos efeitos históricos da discriminação. Todos concordaram que há um déficit de oportunidades em relação ao negro que precisa ser corrigido. E essa correção não se dará mantendo-se o Estado passivamente cantando a igualdade com o mesmo timbre do liberalismo da ocasião de sua positivação. Um Estado que deixa os indivíduos à mercê de si mesmo.

Em todos os votos, praticamente, vê-se não só uma autorização para que o Estado avance na implantação de ações afirmativas, mas, também, uma voz de reclame no sentido de que essas intervenções necessárias ocorram no tempo mais próximo possível.

Não se vê, também, nenhuma discrepância quanto a ser o sistema de cotas uma medida adequada, razoável e proporcional ao estrago deixado pela discriminação, bem como

à sua força para reverter esses mesmos efeitos. Em outras palavras, a medida é apropriada e suficiente para o fim a que se propôs.

Mesmo sem aparecer em todos os votos, suficiente abordagem foi feita em relação à necessidade que tem as universidades de desempenharem a função de fomentar a diversidade cultural, como valor da República, conforme estabelece o preâmbulo da Constituição. Se for certo que a universidade tem este papel, mais do nunca, então, precisa cuidar de promover a heterogeneidade de seu corpo discente, mediante a diversidade cultural e étnica.

Por unanimidade, porém sem o voto do Ministro DIAS TOFOLLI, que se tornou impedido por ter atuado no processo como representante da Advocacia Geral da União, o STF julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e, conseqüentemente, validou o sistema de cotas da UnB.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho têm-se as seguintes considerações finais:

Durante os debates, mesmo a despeito da maioria dos participantes da audiência pública ser favorável às cotas raciais, percebeu-se tratar de um tema que suscita entendimentos diversos.

Não é demais frisar, fato, aliás, abordado pelas Ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia, que também em sentido contrário às cotas existem argumentos consistentes. No entanto, uma coisa é certa: houve uma decisão unânime e a questão foi definitivamente decidida pela maior corte de justiça do país.

Dos argumentos sustentados pelas partes interessadas participantes da Audiência Pública e, por fim, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a grande maioria tem sustentação em fatos, alguns comprovados em levantamentos estatísticos, outros apenas oriundos do senso comum. Muito embora seja indiscutível a existência de um déficit de oportunidades aos negros, essa constatação é deduzida de estatísticas que não apuraram, especificamente, este déficit.

No tocante à hermenêutica, ainda que os argumentos de ordem jurídica tenham sido, basicamente, em torno da aplicação do princípio da igualdade e sobre a possibilidade de implementar ações que ensejam certa discriminação positiva, é possível traçar uma linha de coincidências entre os teóricos tratados no início do presente trabalho e as discussões e argumentos presentes no julgamento da ADPF.

Primeiramente em Perelman pode-se afirmar que a simples operação dedutiva do texto legal não atende ao interesse social na aplicação do direito. Há, no seu entender, várias vertentes possíveis na apreciação de um único caso.

É possível notar no caso analisado que tanto os favoráveis como os contrários ao sistema de cotas fizeram diversificadas considerações sobre a aplicabilidade do mesmo dispositivo legal. Ao tomar, portanto, o direito como resultado da aplicação lógica do texto legal ao caso concreto a situação não ficaria inteiramente resolvida, diante das variadas leituras que se faz do mesmo texto.

Para Perelman essa situação é resolvida pela retórica. No entanto, uma nova retórica que tem na argumentação o seu ponto máximo, que vai desde a discussão do tema na inicial e demais manifestações ao longo do andamento processual, até culminar nos argumentos lançados no ato de julgar do juiz, oportunizando-se, ao máximo, que os “auditórios” envolvidos se sintam convencidos de que a melhor solução foi alcançada.

Ao tratar das distintas fases do que chama de ideologia judiciária e, em especial, da última fase que alcança a atualidade, Perelman enfatiza que essa é caracterizada por uma maior independência do juiz na busca da equidade na solução do caso. Ou seja, em cada caso o juiz deve particularizar sua atenção. Vê-se, isso, nos debates ocorridos no julgamento da ADPF como no seu resultado final.

Nota-se que o grande esforço, em especial dos Ministros do STF, na argumentação, é para dizer que o texto constitucional diz mais do que aquilo que nele se lê. Há uma leitura do intérprete.

Essa circunstância é também muito bem colocada por Alf Ross na obra analisada também no início.

De acordo com Ross, pode se concluir que ao afirmar o princípio da igualdade, mais de uma concepção é possível, dependendo do olhar do interprete e das representações que os termos provocam no mesmo.

Conforme pondera Ross, a maioria das palavras “não tem um campo de referência único, mas sim dois ou mais, cada um deles construído sob forma de uma zona central à qual se acrescenta um círculo de incerteza”.

Ao fazer, portanto, uma leitura do princípio da igualdade torna-se relevante refletir sobre o seu significado no contexto protetivo da Constituição Federal de 1988, tida como uma constituição, além de principiológica, altamente comprometida com a dignidade da pessoa humana.

Indiscutivelmente, percebe-se nas manifestações do Supremo Tribunal Federal uma preocupação em dar efetividade às garantias constitucionais inerentes ao núcleo fundante do Estado Democrático e Social de Direito. Essa preocupação é percebida nas diversas e reiteradas decisões que impõem obrigações ao poder público na entrega de utilidades e bens aos cidadãos com vistas a garantir-lhes ou, pelo menos, proteger-lhes a dignidade.

Portanto, uma interpretação do princípio da igualdade, hoje, deve ocorrer, como de fato ocorreu no caso analisado, dentro dessa perspectiva de concreção e utilidade do direito que é alcançada mediante intensa argumentação. Percebe-se, nisto, o realismo na interpretação feita pelo STF. Muito embora os Ministros tenham se esforçado para afirmar que os textos constitucionais bem como a legislação infraconstitucional acolhem as ações discriminatórias positivas como meio de garantir a efetividade do princípio da igualdade, é inegável que essa leitura imprescinde de uma visão finalística e, portanto, prática do direito. Não se dá a partir da mera dedução.

Quanto a Eros Grau, a pertinência de suas lições pode ser percebida no contexto das discussões no julgamento da ADPF. Unanimemente os Ministros do Supremo Tribunal Federal afirmaram que o texto normativo da Constituição Federal, ao dizer que todos são iguais perante a lei, admite a interpretação de que é possível desigualar os indivíduos, no primeiro momento, para que a igualdade preconizada no texto realmente seja efetiva.

Segue-se, também, como bem salientou o Ministro Celso Mello, que o Brasil vive um momento de inserção na comunidade internacional e responde ao momento de levante mundial contra toda espécie de discriminação. Portanto, se a leitura do princípio da igualdade, no seu aspecto formal, no momento de sua concepção, atendeu às aspirações dos que irromperam contra o absolutismo, hoje já não mais socorre os que não conseguiram se sobressair na disputa por condições dignas de vida.

O momento é outro e, portanto, a norma jurídica constitucional, conforme leciona Eros Grau, há de ser reformulada à luz dos fatos e da realidade social para que produza os efeitos que dela se espera.

Com razão Kelsen quando afirma que o preceito superior serve de moldura para refletir o conteúdo da norma inferior, no caso a decisão do STF. Dentre as possíveis interpretações o STF utilizou aquela compatível com o momento histórico, político e jurídico-institucional do Brasil, bem como com o esforço internacional no combate a todas as formas de discriminação.

A doutrina contrária ao sistema de cotas vê um retrocesso no caso da UnB, uma vez que utiliza critérios raciais. Ao adotar critérios diferenciadores, com base na cor da

pele, a universidade estaria abrigando conceitos já abandonados em outros países, como os Estados Unidos e, por outro lado, trazendo à realidade social brasileira uma conotação de raça até então não percebida.

A doutrina favorável, por seu turno, sustenta a existência de preconceito racial na sociedade brasileira, mantido e difundido de forma velada, e responsável pela desigualdade entre brancos e negros. A distância acumulada há séculos não se desfaz pela mera igualdade formal perante a lei. Há que se criar mecanismos que igualem brancos e negros e os coloquem em condições de disputarem os espaços sociais com as mesmas chances de sucesso.

Dessa forma é possível concluir que a decisão do STF interpretou e aplicou, convincentemente, as normas constitucionais consideradas. As cotas, como propostas, têm abrigo na Constituição Federal e o princípio da igualdade foi interpretado à luz dos fatos incontestáveis que demonstraram a necessidade de ação interventiva, muito embora limitada no tempo, mas que apresenta uma utilidade prática.

Ocorreu o que enumera Eros Grau em sua obra, ou seja, a norma jurídica associada aos fatos fez surgir uma norma de decisão que pôs termo a uma controvérsia, pacificando, assim, as partes envolvidas, mesmo a despeito, por certo, do desapontamento daqueles que são desfavoráveis às cotas.

REFERÊNCIAS

AYRES BRITTO. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2010.

_____. Luís Carlos Martins. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1649, jan.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10823>>. acesso em 02.09.2012.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., São Paulo. Malheiros, 2005.

BARBOSA, Joaquim. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Seminário Internacional as minorias e o direito: CJF, 2003. 272 p. (Série Cadernos do CEJ; v. 24). ISBN 85-85572-71-X

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5, de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19/07/2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei n. 180 de 2008**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=452953>. Acesso em 28/02/2012.

BRASIL. **Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em 28/02/2012.

CARMEN LUCIA. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. São Paulo: Attar, 2005

CEZAR PELUSO. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

DALLARI, Maria Paula. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Estado Social e Princípio da Solidariedade*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 3, p. 31--48, jul./dez. 2008.

DUARTE, Fernanda. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

DURAN, Eunice Ribeiro. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

FABRIZ, Daury Cesar. **A eficácia dos Direitos Sociais Após Duas Décadas da Constituição Brasileira de 1988**. Coimbra: Oficina do CES, n.315, 2008, pág.10, disponível em www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/indez.php?autor=637, capturado em 05.09.2012.

GILMAR MENDES (Gilmar Ferreira Mendes). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8 ed. Rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JOAQUIM BARBOSA. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. *O sistema de cotas para afrodescendentes e o possível diálogo com o direito*. Imprensa: Brasília: Dedalo, 2008.

LUIS FUX. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

MAGNOLI, Demetrio. *Uma Gota de Sangue*. 1 ed. São Paulo: Contexto, 2009.

MARCO AURÉLIO. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Comparado*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDONÇA, Erasto Fortes. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

MILITÃO, José Ferreira. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

MIRANDA, José Carlos. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

MOURA, Carlos Alves. Mapa do racismo. **Correio Braziliense**, Brasília, n.13335, 21 nov. 1999, p. 32. [586860] SEM.

MUNANGA, Kabengele. Políticas de Ação Afirmativa em benefício da população negra no Brasil - Um ponto de vista em defesa das cotas. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n.22, ano II, mar., 2003. Disponível em <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em: 18jul. 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Aproximação entre a Teoria do Direito com Integridade, de Ronald Dworkin e o Pragmatismo de Ludwig Wittgenstein**. Periódicos PUC Minas. Disponível em: periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerra/article/.../2182. acesso em 05/09/2012.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira: *Ação Afirmativa: uma jurisprudência em evolução*.¹ Disponível: <http://www.conjur.com.br/2012-out-13/observatorio-constitucional-1>, acesso em 15.10.2012.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*., 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PISCITELLI, Ruy Magalhães. *O Estado como Promotor de Ações Afirmativas e a Política de Cotas para o Acesso dos Negros à Universidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, p. 283-295, jul./set. de 1996.

ROSA WEBER. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186-DF. Recorrente: Partido DEMOCRATAS. Recorrido: CESPE/UnB. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico - DJe – 93. Publicado em 14/05/2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>. \X
ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2 ed. Bauru: EDIPRO. 2007.

PISCITELLI, Ruy Magalhães. *O Estado como Promotor de Ações Afirmativas e a Política de Cotas para o Acesso dos Negros à Universidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS, 2005.

_____. *Dimensões da Dignidade*. 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Cidinha (org.). *Ações Afirmativas em Educação: experiência brasileira*. São Paulo: Summus, 2003.

SOUZA, Edson Santos. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

THEODORO, Mario Lisboa. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

TRAGTEMBEDRG, Marcelo. Audiência Pública. Ação Afirmativa. ADPF 186, Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em <http://stf.jus.br/prtaç/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudiênciaAçãoAfirmativa>.

VALVERDE, A G M; FETZNER, N L C; TAVARES JUNIOR, N C. *Lições de argumentação jurídica: da teoria à prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.